

TESIS DOCTORAL

2015

LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD EN LOS CONTRATOS DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

JOSE MIGUEL REVILLA TORRES

Licenciado en Derecho

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil

UNED

Directora:

PROF. DRA. DÑA. TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**

***LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS CONTRATOS DE PERMUTA DE
SOLAR POR OBRA FUTURA***

**JOSÉ MIGUEL REVILLA TORRES
LICENCIADO EN DERECHO**

DIRECTORA: PROF. DRA. DÑA. TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

AGRADECIMIENTOS

Estas primeras líneas de la Tesis que a continuación se presenta deben ir dedicadas a poner de manifiesto la deuda de gratitud que he contraído con la profesora Teresa San Segundo Manuel. Desde que años atrás aceptó sin dudarle dirigir este trabajo de investigación, hasta que se ha puesto punto final al mismo, siempre ha tenido una actitud tan cercana como profesional. La profesora San Segundo ha complementado a la perfección el magnífico rigor técnico que atesora con esa palabra de ánimo que siempre alienta al doctorando para no decaer en el esfuerzo y dedicación que requiere elaborar una Tesis. Gracias, Teresa.

Junto a lo anterior, no existen palabras para poder expresar el infinito agradecimiento a Pilar, mi mujer, porque sin su sacrificio, su constante apoyo y su dedicación a la familia hubiera sido imposible finalizar este reto personal del que ha participado con la misma ilusión.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRELIMINAR:

INTRODUCCIÓN	17
I. INTERÉS CIENTÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN	17
I.1. Planteamiento	17
I.2. Fundamento del interés de la presente investigación	18
II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	20
III. HIPÓTESIS	21
IV. METODOLOGÍA	22
IV.1. Búsqueda bibliográfica	22
IV.2. Normativa aplicable.....	23
IV.3. Búsqueda jurisprudencial	23
IV.4. Resoluciones de la DGRN y Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos.....	24
IV.5. Aspecto práctico	25

PARTE I

CONCEPTOS BÁSICOS PARA ENMARCAR EL CONTRATO OBJETO DE ESTUDIO

Capítulos I a III

CAPÍTULO I:

ACERCAMIENTO AL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.....

I. INTRODUCCIÓN	29
II. CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DEL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA	31
II.1. Bilateral	31
II.2. Consensual	32
II.3. Oneroso	33
II.4. Conmutativo.....	33
II.5. TraslATIVO de dominio	33
II.6. Autónomo.....	34

CAPÍTULO II:

LOS DIFERENTES SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

I. INTRODUCCIÓN	35
II. EL SISTEMA CONSENSUALISTA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD....	38

II.1. Introducción	38
II.2. La transmisión de la propiedad en Francia	40
II.2.1. El objeto futuro en el ordenamiento jurídico francés.....	42
II.3. La transmisión de la propiedad en Italia	44
II.3.1. El objeto futuro en el ordenamiento jurídico italiano	46
III. EL SISTEMA DEL ACUERDO ABSTRACTO TRASLATIVO	47
III.1. Introducción.....	47
III.2. El objeto futuro en el ordenamiento jurídico alemán	50
IV. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO	51
IV.1. Definición.....	51
IV.2. Origen del sistema del título y el modo.....	52
IV.3. La evolución de la teoría del título y el modo en el Derecho español.....	54
IV.4. El Código Civil de 1889.....	56
IV.5. Presupuestos de la teoría del título y el modo	57
IV.5.1. El título	57
IV.5.2. El modo o tradición	59
IV.5.2.1. Concepto	59
IV.5.2.2. Espiritualización de la tradición	61
IV.5.2.3. La tradición instrumental	62
IV.5.2.3.1. Definición	62
IV.5.2.3.2. Origen	64
IV.5.2.3.3. Regulación legal.....	65
IV.5.2.3.4. Tradición instrumental efectuada por un no poseedor.....	66
IV.5.2.3.4.1. Consideraciones previas.....	66
IV.5.2.3.4.2. Posición contraria a admitir la transmisión de la propiedad por propietario no poseedor	68
IV.5.2.3.4.3. Posición favorable a admitir la transmisión de la propiedad por propietario no poseedor	70

CAPÍTULO III:

MODALIDADES MÁS UTILIZADAS EN LA *PRAXIS* PARA SUSCRIBIR NEGOCIOS JURÍDICOS DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA... 73

I. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.....	74
II. CONTRATO ATÍPICO	77
III. TIPOLOGÍA JURÍDICO-OBLIGACIONAL	79
III.1. Permuta	79
III.1.1. Concepto. Revitalización del contrato de permuta	79
III.1.2. Regulación positiva	82
III.1.3. La permuta y el contrato de permuta de solar por obra futura.....	83
III.2. El arrendamiento de obra.....	85
III.2.1. Concepto	85
III.2.2. Regulación positiva	86
III.2.3. El arrendamiento de obra y el contrato de permuta de solar por obra futura	86
III.3. Comunidad para edificar.....	90
III.3.1. Concepto y objetivo.....	90
III.3.2. Tipología de pactos sobre la edificación futura	94
III.4. Sociedad civil.....	95
III.4.1. Consideraciones generales sobre la sociedad civil	95
III.4.2. La sociedad civil y el contrato de permuta de solar por obra futura.....	96
III.5. El contrato de cuentas en participación	97
III.5.1. Concepto	97

III.5.2. El contrato de cuentas en participación y el contrato de permuta de suelo por obra futura	98
III.6. Concesión al constructor de poder irrevocable.....	98
III.6.1. Notas generales sobre esta modalidad	98
IV. TIPOLOGÍA JURÍDICO-REAL	99
IV.1. El derecho de superficie	99
IV.1.1. Concepto y delimitación.....	99
IV.1.2. Regulación normativa.....	101
IV.1.3. Características del derecho de superficie	105
IV.1.4. El derecho de superficie y el contrato de permuta de solar por obra futura	106
IV.2. El derecho de sobreedificación y subedificación	107
IV.2.1. Concepto y delimitación.....	107
IV.2.2. Regulación normativa.....	109
IV.2.3. Características del derecho de sobreedificación y subedificación	111
IV.2.4. Constitución del derecho de sobreedificación o subedificación.....	112
IV.2.5. El derecho de sobreedificación y subedificación y el contrato de permuta de solar por obra futura.....	113
IV.2.5.1. Modalidades del derecho de sobreedificación y subedificación en relación con el contrato de permuta de solar por obra futura	114
IV.2.5.1.1. Cesión al constructor del derecho de sobreedificación o subedificación a cambio de obra futura.....	114
IV.2.5.1.2. Reserva por el propietario del solar del derecho de sobreedificación o subedificación	116
V. LA LEY 23/2001, DE 31 DE DICIEMBRE, DE CESIÓN DE FINCA O DE EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN FUTURA.....	117
V.1. Introducción	117
V.2. Concepto	118
V.3. Finalidad del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura	118
V.4. Modalidades del contrato respecto a la adquisición de la propiedad de la construcción futura	119
V.4.1. Transmisión total de la finca o de la edificabilidad	119
V.4.2. Transmisión de una cuota de la finca o de la edificabilidad	120

PARTE II

PROBLEMÁTICA RELACIONADA CON LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

Capítulos IV a IX

CAPÍTULO IV:

ACERCAMIENTO A LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA..... 124

I. CONSIDERACIONES GENERALES 124

CAPÍTULO V:

PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL SOLAR DEL CEDENTE AL CESIONARIO 128

I. INTRODUCCIÓN	128
II. FINALIDAD DE LA TRANSMISIÓN DEL SOLAR <i>AB INITIO</i>	132
III. PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL SOLAR	135
III.1. Consideraciones generales.....	135
III.2. Obligación de transmitir la propiedad del solar al cesionario	136
III.3. Entrega del solar libre de cargas y gravámenes.....	137
III.4. Solar urbanísticamente inedificable.....	140
IV. SIMILITUD DE LA POSICIÓN DEL CEDENTE DEL SOLAR CON LA DEL ADQUIRENTE DE INMUEBLES SOBRE PLANO.....	143
 CAPÍTULO VI:	
PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA DEL CESIONARIO AL CEDENTE.....	146
I. INTRODUCCIÓN	146
II. PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA	151
II.1. Embargos trabados sobre la obra futura por los acreedores del cesionario	151
II.2. Declaración del cesionario en concurso de acreedores	152
II.3. Enajenación del cesionario a terceros de los inmuebles futuros que corresponden al cedente como contraprestación.....	157
II.3.1. Buena fe del tercer adquirente	159
II.4. Ejecución de la hipoteca constituida por el cesionario sobre el solar.....	161
 CAPÍTULO VII:	
LA TERCERÍA DE DOMINIO COMO PRINCIPAL MECANISMO DE DEFENSA DEL CEDENTE DEL SOLAR.....	166
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	166
II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TERCERÍA DE DOMINIO	167
II.1. Tesis tradicional. Asimilación de la tercería de dominio con la acción reivindicatoria	168
II.2. Tesis distintiva de la tercería de dominio y de la acción reivindicatoria	169
II.3. Tesis de la tercería de dominio como acción declarativa de dominio	170
II.4. Nueva perspectiva de la tercería de dominio	170
II.5. La tercería de dominio y la teoría del título y el modo	173
II.5.1. El «título» en la tercería de dominio	173
II.5.2. El «modo» en la tercería de dominio	174
II.5.3. La relevancia de la fecha de adquisición del dominio por parte del tercerista	175
II.6. La tercería registral	176
II.6.1. Concepto	176
II.6.2. La tercería registral como recurso del cedente frente a los acreedores del cesionario	176
 CAPÍTULO VIII:	
OTRAS GARANTÍAS A FAVOR DEL CEDENTE UTILIZADAS EN EL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA	179

I. INTRODUCCIÓN	179
II. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA.....	180
II.1. Concepto	180
II.2. Inscripción de la condición resolutoria en el Registro de la Propiedad	182
II.3. Efectos de la condición resolutoria una vez verificado el incumplimiento del cesionario.....	184
III. CONDICIÓN SUSPENSIVA	185
III.1. Concepto	185
III.2. Aplicación de la condición suspensiva como garantía a favor del cedente del solar	185
IV. HIPOTECA	186
IV.1. Concepto.....	186
IV.2. Utilización de la hipoteca como garantía a favor del cedente del solar	187
V. RESERVA DE DOMINIO	188
V.1. Concepto	188
V.2. Naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio	189
V.3. Efectos de la inclusión de la reserva de dominio en el contrato de permuta de solar por obra futura	192
VI. PROHIBICIÓN DE DISPONER	193
VI.1. Concepto.....	193
VI.2. Aplicación de la prohibición de disponer en el contrato de permuta de solar por obra futura.....	193
VII. AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO	194
VII.1. Concepto	194
VII.2. Finalidad del aval a primer requerimiento en el contrato de permuta de solar por obra futura.....	195
VIII. SEGURO DE CAUCIÓN.....	196
VIII.1. Concepto	196
VIII.2. Finalidad del seguro de caución en el contrato de permuta de solar por obra futura.....	197
IX. LA CLÁUSULA PENAL	199
IX.1. Concepto.....	199
IX.2. Aplicación de la cláusula penal en el contrato de permuta de solar por obra futura	200

CAPÍTULO IX:

PROTECCIÓN REGISTRAL CON IMPLICACIONES DE *LEGE FERENDA* 203

I. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA TRADICIÓN	203
II. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.....	204
II.1. Introducción	204
II.2. Definición.....	205
II.3. Antecedentes	207
II.4. Regulación actual.....	209

II.5. Características	209
II.6. Derechos objeto de anotación preventiva	211
II.7. Teoría expansiva de la anotación preventiva	211
II.8. La anotación preventiva como herramienta de protección del cedente del solar..	213
III. EL CRÉDITO REFACCIONARIO	215
III.1. Consideraciones previas	215
III.2. Definición	216
III.3. El crédito refaccionario y el contrato de aportación de solar por obra futura	217
IV. LA NOTA MARGINAL.....	218
IV.1. Introducción.....	218
IV.2. Definición	219
IV.3. Características.....	220
IV.4. La nota marginal como herramienta de protección del cedente del solar	221

PARTE III

LAS DIFERENTES TEORÍAS EXISTENTES EN RELACIÓN A LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA

Capítulos X a XIV

CAPÍTULO X:

TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA... 225

I. INTRODUCCIÓN..... 225

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO- OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA POR OBRA FUTURA 227

III. DOCTRINA PARTIDARIA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA POR OBRA FUTURA..... 230

IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA 233

V. TEORÍA DE LA EFICACIA TRANSMISIVA DIFERIDA DE LA PROPIEDAD MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA 238

V.1. Introducción..... 238

V.2. Fundamentos jurídicos de la teoría de la transmisión diferida de la propiedad mediante escritura pública 239

V.3. Doctrina partidaria de la teoría de la transmisión diferida de la propiedad mediante escritura pública..... 240

V.4. Doctrina crítica con la teoría de la transmisión diferida de la propiedad mediante escritura pública..... 244

CAPÍTULO XI:

LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996..... 249

I. INTRODUCCIÓN	249
II. POSICIÓN DE LA DGRN ANTERIOR A LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996	250
III. NEXO DE UNIÓN ENTRE DOS CONCEPCIONES ANTAGÓNICAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA	251
IV. EXAMEN DE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996	258
IV.1. Consideraciones previas	258
IV.2. Hechos y Fundamentos de Derecho de la RDGRN de 16 de mayo de 1996	259
IV.2.1. Hechos que dan lugar al recurso gubernativo.....	259
IV.2.2. Argumentos incluidos en el recurso gubernativo	261
IV.2.3. Argumentos de la registradora de la propiedad en defensa de su nota de calificación.....	261
IV.2.4. Fundamentos jurídicos de la Resolución.....	262
V. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA TESIS DE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996.....	265
VI. DOCTRINA CRÍTICA CON LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996.....	269
VII. REFLEXIONES SOBRE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996	273
VIII. RRDGRN con idéntico criterio que la RDGRN de 16 de mayo de 1996	275
VIII.1. RDGRN de 5 de enero de 1999	275
VIII.2. RDGRN de 13 de julio de 2005.....	278
VIII.3. RDGRN de 7 de mayo de 2009	280
VIII.4. RDGRN de 30 de septiembre de 2013.....	283

CAPÍTULO XII:

TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

285

I. INTRODUCCIÓN	286
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA	290
III. REQUISITOS PARA QUE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA PRODUZCA LA TRANSMISIÓN AUTOMÁTICA DE LOS PISOS O LOCALES FUTUROS.....	292
III.1. Introducción.....	292
III.2. Voluntad inequívoca de transmitir la propiedad del objeto futuro	292
III.3. Determinación del objeto futuro	295
III.3.1. Introducción.....	296
III.3.2. Inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad antes de la división horizontal del edificio	300
III.3.2.1. Cuestiones generales	300
III.3.2.2. La prehorizontalidad	302
III.3.2.2.1. Concepto	302
III.3.2.2.2. Fijación del momento de la «construcción comenzada».....	304
III.3.2.2.2.1. Construcción comenzada en sentido «material»	304
III.3.2.2.2.2. Construcción comenzada en sentido «técnico». Existencia jurídica de los inmuebles	307
III.3.2.2.2.3. Posición de la DGRN	314

III.3.3. Inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad mediante la división horizontal del edificio	322
III.3.4. La singularidad de la Ley 19.724, de prehorizontalidad, de Argentina.....	323
IV. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA	325
V. RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES QUE EXCEPCIONALMENTE ACOGEN LA TESIS FAVORABLE A LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA	330
V.1. Introducción.....	330
V.2. SSTS que admiten la transmisión instrumental de los objetos futuros.....	331
V.3. SSTS que admiten la tradición material de los objetos futuros mediante documento privado	342
V.3.1. El encaje en la práctica contractual del documento privado y su eficacia traditoria	342
V.3.2. Relación de SSTS que admiten la tradición material de los objetos futuros mediante documento privado	347
VI. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS CONTRATOS VERBALES DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA	357
VII. REFLEXIÓN SOBRE LA VIABILIDAD DE APLICAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL LA TRANSMISIÓN CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD A LOS BIENES INMUEBLES	363
 CAPÍTULO XIII:	
LA REFORMA DEL ART. 13 RH OPERADA POR EL RD 1867/1998.....	371
I. INTRODUCCIÓN	372
II. EL ART. 13 RH. EXAMEN DE LA REDACCIÓN OTORGADA POR EL RD 1867/1998.....	376
II.1. Planteamiento.....	376
II.2. Reconocimiento de la permuta con efectos jurídico-reales. Párrafo primero del art. 13 RH.....	378
II.2.1. «Cesión de suelo por obra futura». Contrato típico o contrato atípico. Examen jurisprudencial	378
II.2.2. «Transmisión actual» de los pisos o locales del edificio a construir	381
II.2.2.1. Corrientes doctrinales sobre la transmisión de objetos futuros en relación con la nueva redacción del art. 13 RH.....	385
II.2.2.1.1. Admisión de la permuta de suelo por obra futura con efectos jurídico-reales	385
II.2.2.1.2. Permuta con efectos jurídico-obligacionales.....	387
II.2.2.1.3. Dos diferentes interpretaciones sobre la nueva redacción del art. 13 RH.....	388
II.2.2.1.3.1. Tesis de ESPEJO LERDO DE TEJADA: la verdadera voluntad de las partes en relación con el sistema causalista de transmisión de la propiedad.....	388
II.2.2.1.3.2. Tesis de RUDA GONZÁLEZ. El art. 13 RH como norma de conversión. Adquisición por accesión	395
II.2.3. Descripción de los pisos o locales de conformidad con la LPH y con fijación de la cuota correspondiente en los elementos comunes.....	397
II.2.4. Constancia registral de la «especial comunidad» constituida por cedente y cesionario	398
II.2.4.1. Comunidad sobre el solar.....	399
II.2.4.1.1. Objeciones.....	401
II.2.4.2. Comunidad sobre el edificio futuro.....	406
II.2.4.3. Posturas intermedias.....	407
II.2.5. Importancia del plazo de diez años para construir reflejado en el precepto	409
II.3. Obra nueva, división horizontal y entrega de la edificación futura. Párrafo segundo del art. 13 RH.....	409

II.3.1. Posibilidad de que el cesionario otorgue unilateralmente las escrituras de obra nueva y división horizontal	410
II.3.2. Innecesariedad de formalizar acta notarial de entrega una vez inscrita la escritura de propiedad horizontal	412
II.4. Prohibición de disponer. Párrafo tercero del art. 13 RH	413
III. REDACCIÓN VIGENTE DEL ART. 13 RH	415
III.1. Cesión configurada con otros efectos. Párrafo cuarto del art. 13 RH	416
III.2. Garantías inscribibles. Párrafo quinto del art. 13 RH	418
IV. REFLEXIONES SOBRE LA REDACCIÓN DEL ART. 13 RH SEGÚN LA REDACCIÓN DEL RD 1867/1998	420
V. LA STS (SALA 3ª) DE 31 DE ENERO DE 2001	422
V.1. Introducción	422
V.2. Argumentos del TS para anular la reforma del art. 13 RH introducida por el RD 1867/1998	423
V.3. Doctrina crítica con la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001	427

CAPÍTULO XIV:

LA TEORÍA DEL *IUS AD REM* APLICADA A LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.....

I. INTRODUCCIÓN	431
II. CONCEPTO	432
III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	432
IV. APLICACIÓN ESPECÍFICA AL CONTRATO DE APORTACIÓN DE SOLAR POR OBRA FUTURA	434
V. POSIBILIDAD DE CONSTANCIA REGISTRAL. ANOTACIÓN PREVENTIVA....	439
VI. CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL <i>IUS AD REM</i>	443

PARTE IV

ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE DEFENDER LA EXISTENCIA DE UN DERECHO REAL SOBRE INMUEBLES FUTUROS

Capítulos XV a XVI

CAPÍTULO XV

POSIBILIDAD DE DEFENDER UN DERECHO REAL SOBRE UNA COSA FUTURA.....

I. INTRODUCCIÓN	447
II. CONCEPCIÓN TRADICIONAL. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO DE CRÉDITO Y DERECHO REAL	450
II.1. Definición y requisitos	450

II.2. Dificultades en la configuración de ambos derechos.....	453
III. SISTEMA NUMERUS CLAUSUS O NUMERUS APERTUS DE DERECHOS REALES.....	457
III.1. Introducción.....	457
III.2. Sistema de <i>numerus clausus</i> de derechos reales.....	458
III.2.1. Definición.....	458
III.2.2. Ventajas del sistema de <i>numerus clausus</i>	459
III.2.3. Inconvenientes del sistema de <i>numerus clausus</i>	460
III.3. Sistema de <i>numerus apertus</i> de derechos reales.....	461
III.3.1. Definición.....	461
III.3.2. Ventajas del sistema de <i>numerus apertus</i>	467
III.3.3. Inconvenientes del sistema de <i>numerus apertus</i>	468
IV. ¿ES POSIBLE UN DERECHO REAL SOBRE COSA FUTURA?.....	468
IV.1. Planteamiento.....	469
IV.2. ¿Qué se entiende por «cosa futura»?.....	470
IV.3. Validez de los contratos sobre objeto futuro.....	474
IV.3.1. La contratación con objeto futuro en la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS.....	480
V. RECAPITULACIÓN.....	483
CAPÍTULO XVI:	
ARGUMENTOS QUE REFUERZAN LA TEORÍA DE LA EFICACIA JURÍDICO-REAL DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.....	495
I. INTRODUCCIÓN.....	495
II. ARGUMENTOS QUE REFUERZAN LA TEORÍA DE LA EFICACIA JURÍDICO-REAL DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.....	498
II.1. El elemento sociológico del art. 3.1. CC.....	498
II.2. El carácter tridimensional del derecho de propiedad.....	503
II.2.1. El proyecto arquitectónico.....	518
II.2.2. El principio registral de especialidad.....	522
II.2.3. El aprovechamiento urbanístico.....	527
II.2.4. Admisión de las propiedades horizontales <i>de facto</i>	530
II.3. Suma de ficciones.....	532
CONCLUSIONES.....	535
BIBLIOGRAFÍA.....	551
APENDICE DOCUMENTAL.....	601

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Aranzadi Derecho Civil
ADC	Anuario Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
AAPP	Audiencias Provinciales
Ar.Civil	Aranzadi Civil
Art.	Artículo
BGB	Código Civil alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CENDOJ:	Centro de Documentación Judicial
CCom	Código de Comercio
CTE	Código Técnico de la Edificación
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Excmo/a.	Excelentísimo/a
Ilmo/a.	Ilustrísimo/a
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LC	Ley Concursal
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LH	Ley Hipotecaria
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
Nº	Número
Ob. cit.	Obra citada
Pág.	Página (s)
P.ej.	Por ejemplo
PH	Propiedad horizontal
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo

RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDGT	Resolución de la Dirección General de Tributos
RDUNED	Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RRDGRN	Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RH	Reglamento Hipotecario
RTEAC	Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central
Sr/a.	Señor/señora
Ss.	siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TC	Tribunal Constitucional
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TRLS	Texto Refundido de la Ley del Suelo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vol.	Volumen

CAPÍTULO PRELIMINAR: INTRODUCCIÓN

SUMARIO

- I. INTERÉS CIENTÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN.- I.1.- Planteamiento.- I.2. Fundamento del interés de la presente investigación**
- II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**
- III. HIPÓTESIS**
- IV. METODOLOGÍA.- IV.1. Búsqueda bibliográfica.- IV.2. Normativa aplicable.- IV.3. Búsqueda jurisprudencial.- IV.4. Búsqueda de RRDGRN y de Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos.- IV.5. Aspecto práctico**

I. INTERÉS CIENTÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN

I.1. Planteamiento

El contrato de permuta de solar por obra futura —también denominado generalmente como contrato de «aportación», «cesión» o «cambio» de solar por obra futura— se ha convertido en las últimas décadas en un recurso muy utilizado especialmente por los promotores-constructores inmobiliarios para conseguir acceder a suelos edificables sin necesidad de desembolsar inicialmente una ingente cantidad económica. A su vez, este contrato representa para el cedente del solar una posibilidad ciertamente atractiva de obtener un beneficio sobre un suelo improductivo por carencia de recursos económicos y materiales para desarrollar una promoción inmobiliaria. Por consiguiente, el interés que este negocio jurídico despierta para ambas partes ha provocado que tanto cedente como cesionario se hayan visto seducidos por esta modalidad contractual.

I.2. Fundamento del interés de la presente investigación

El presente estudio conjuga un doble interés: teórico y práctico. El primero de ellos focalizado en determinar, de entre las corrientes doctrinales existentes, aquella que mejor se adapta a las características del contrato de permuta de solar por obra futura y, en concreto, a los problemas derivados de la transmisión de la propiedad de los pisos o locales futuros. Por su parte, el interés práctico de este trabajo se centra en argüir la articulación del contrato de aportación de solar que consiga minimizar en mayor medida los riesgos que recaen en el contratante más vulnerable, el cedente del solar, tras la observación en la *praxis* de un patente desequilibrio de éste último frente al cesionario-constructor.

La singularidad y característica fundamental del contrato de permuta de solar a cambio de futura edificación es la doble transmisión que se verifica en el mismo: la primera de ellas, la del solar del cedente al cesionario-constructor para que sobre el mismo lleve a cabo su proyecto edificatorio y, en segundo lugar, la de este último al cedente de los inmuebles futuros que representan la contraprestación a recibir por la transmisión del suelo. La configuración descrita es la más habitual en el negocio jurídico de aportación de solar por futura edificación y sobre la que girará la problemática del fenómeno transmisivo a que atiende la presente investigación. No obstante, es de rigor dejar sentado de antemano que la *praxis* muestra gran variedad de fórmulas de llevar a cabo este negocio jurídico con idénticas pretensiones y resultado final.

La primera de las transmisiones aludidas, la del solar al promotor-constructor inmobiliario, genera escasa problemática. No obstante, a partir de que se verifica esta transmisión se produce una situación de desequilibrio contractual para el cedente toda vez que éste, *ab initio*, ha cumplido íntegramente la prestación a la que está compelido. El cedente se ve inmerso en un amplio período de incertidumbre sobre el que planean posibles incumplimientos del cesionario —derivados de la propia relación *inter partes* así como de negocios jurídicos con terceros ajenos al contrato de permuta—, que

pueden desembocar en que los inmuebles futuros no sean finalmente entregados al anterior dueño del suelo.

En este sentido, en la segunda de las transmisiones, la de la obra futura del cesionario al cedente del solar, es en la que queda enmarcado el mayor volumen conflictivo de este negocio jurídico. Dependiendo del concreto momento en el que se entienda que el primigenio dueño del suelo ha adquirido la obra futura se desprende una diferente protección para el mismo que se traduce en una diversa consideración de la naturaleza jurídica de su derecho.

Tomando como punto de partida que el ordenamiento jurídico español acoge la teoría del título y el modo como sistema de transmisión del dominio y demás derechos reales y habiéndose observado el fenómeno tendente a la progresiva espiritualización del requisito de la *traditio*, las disquisiciones de la dogmática se centran en determinar si la tradición instrumental puede ser aplicada al contrato de permuta de solar por obra futura. De resultar afirmativa la respuesta a la cuestión planteada, el cedente del solar adquiriría un derecho real sobre los inmuebles a construir desde el momento del otorgamiento de la escritura pública en la que se formaliza el citado negocio jurídico.

La naturaleza jurídica del derecho del cedente del solar resulta meridianamente distinta dependiendo de la teoría que se adopte respecto a la transmisión de la propiedad del objeto futuro. Así, la mayoría de la doctrina científica y de la jurisprudencia emanada de los Tribunales de Justicia atribuyen al cedente del solar exclusivamente un derecho de crédito frente al cesionario para reclamarle la entrega de los departamentos futuros convenidos como contraprestación. Sin embargo, la DGRN y la última tendencia doctrinal, sumando la posición de la jurisprudencia tributaria, admiten que pueda defenderse la existencia de un derecho real sobre cosa futura y, por ende, que el primigenio dueño del suelo adquiera los departamentos futuros desde el momento del otorgamiento de la escritura pública de permuta de solar por obra futura. Entre ambas teorías existe una concepción intermedia, la teoría del *ius ad rem*, la cual, si bien es una categoría asistemática, es de utilidad para dotar de un plus de protección al cedente del solar.

La presente tesis pretende aportar a la comunidad científica, previo estudio de las distintas teorías doctrinales acuñadas en relación a la transmisión de la propiedad en los contratos de permuta de solar por obra futura, si es defendible la concepción que resulta más garantista para el cedente del solar, la teoría favorable a la admisión de los efectos jurídico-reales de la escritura pública.

En esta línea, se tratará de verificar la validez de los argumentos en los que se basa la teoría que admite los efectos jurídico-reales de la escritura pública. Para ello se contrastará si es posible dotar a la cosa futura de cierta existencia física, siquiera parcialmente, o invistiéndola de existencia jurídica a fin de que pueda quedar sujeta al tráfico jurídico-mercantil con anterioridad a su existencia material.

II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

El propósito perseguido por el presente estudio es la búsqueda de una mejor regulación del contrato de permuta de solar por obra futura cuya traducción en la práctica desemboque en equilibrar la débil posición de partida del cedente del solar frente al cesionario-constructor, con absoluto respeto a la teoría del título y el modo, y acomodándose con mayor rigor a la realidad social imperante en el sector de la edificación.

Para llegar al objetivo marcado, esta investigación parte del análisis de los distintos sistemas transmisivos herederos del Derecho romano y de las soluciones propugnadas por cada uno de ellos respecto a la transmisión del dominio en los contratos con objeto futuro.

Cumplido este primer cometido, a continuación se pasa a exponer la relación de problemas y obstáculos con los que puede encontrarse el cedente del solar antes de que el cesionario-constructor le haga entrega de la edificación futura pactada. La referencia

a la problemática existente resulta obligada para contar con todos los elementos de juicio necesarios antes de decantarse por primar a una de las teorías transmisivas frente a las demás.

Una vez identificadas las dificultades existentes en el devenir del contrato que ocupa el presente trabajo, procede iniciar el examen de las diferentes concepciones que han sido acuñadas doctrinal y jurisprudencialmente sobre la transmisión de la propiedad en los contratos de permuta de solar a cambio de futura edificación.

Finalizado el examen de cada una de las teorías transmisivas será el momento de reforzar si es factible atribuir carácter jurídico-real a la escritura pública de permuta de solar por obra futura, aportando más argumentos que engrosen los ya apuntados por sus partidarios y que sirvan para aquilatar el recurso a la misma.

III. HIPÓTESIS

La admisión de la teoría que concede eficacia jurídico-real a la escritura pública de permuta y su aplicación práctica por los Tribunales de Justicia supondría un avance fundamental en la protección del cedente del solar como parte débil del contrato. De ser así, sería factible la defensa de un derecho real a favor del primigenio dueño del suelo desde el momento del otorgamiento de la escritura pública con independencia de que la entrega de la posesión de los futuros departamentos se hiciera una vez finalizadas las obras.

Tradicionalmente, para que opere la *traditio* instrumental se ha convenido que deben concurrir dos requisitos: la inequívoca voluntad de los contratantes acerca de que con el otorgamiento del instrumento público opere la doble transmisión de la propiedad que caracteriza a esta modalidad contractual y, en segundo lugar, la perfecta identificación del objeto contractual. Este segundo requisito es objetivamente imposible

desde el punto de vista físico o material cuando se está en el ámbito de los contratos con objeto futuro.

Sentado lo anterior, la hipótesis de la presente tesis consiste en determinar si, previo el análisis de todas las teorías doctrinales existentes respecto a la transmisión de la propiedad en los contratos de permuta de solar por obra futura, es posible defender la teoría de la eficacia jurídico-real de la escritura pública en la que se formalice el citado negocio jurídico y, dentro de este específico ámbito, si existen argumentos jurídicos suficientes para proceder a identificar indubitadamente el objeto futuro a fin de que el cedente del solar pueda gozar de un derecho real desde que se otorga la reiterada escritura pública.

IV. METODOLOGÍA

IV.1. Búsqueda bibliográfica

La elaboración de esta tesis parte del análisis evolutivo de la doctrina existente sobre el contrato de permuta de solar por obra futura en general, focalizando el estudio sobre la transmisión de la propiedad en el antedicho contrato. Para esta finalidad se ha recurrido a la consulta de los tratados básicos de Derecho Civil, a las distintas monografías publicadas sobre la materia y a la consulta de las revistas especializadas.

Las bibliotecas jurídicas de las que se ha nutrido este trabajo son la Biblioteca Nacional, la biblioteca del Colegio Notarial de Madrid y la biblioteca del Ilustre Colegio de abogados de Madrid. En cuanto a las bibliotecas de Universidades se han utilizado las de la UNED, incluido el préstamo interbibliotecario que proporciona la misma, Universidad Carlos III de Madrid y Universidad Autónoma de Madrid.

Además, se han utilizado con frecuencia los recursos electrónicos que la UNED pone a disposición de los alumnos, complementando todo ello con artículos publicados sobre la materia en internet.

IV.2. Normativa aplicable

La presente investigación se ha centrado en el examen de la transmisión de la propiedad dentro del ordenamiento jurídico español. No obstante, se ha tenido en cuenta la evolución de los sistemas transmisivos herederos de la tradición romana, haciendo un análisis de la normativa de la transmisión de la propiedad y del tratamiento a los contratos con objeto futuro en Francia y en Italia, como principales referentes del sistema de transmisión consensual, y en Alemania, como eje del sistema del acuerdo traslativo abstracto.

La situación de prehorizontalidad que se genera en la modalidad contractual de permuta de solar por obra futura también ha derivado en el examen de la normativa existente en países hispanoamericanos, haciendo especial referencia a cómo se reguló esta construcción en Argentina, mediante una ley específica, actualmente derogada.

IV.3. Búsqueda jurisprudencial

Esta investigación ha efectuado una minuciosa y exhaustiva búsqueda jurisprudencial de las resoluciones que sobre la materia han dictado el TC, el TS los TSJ y las AAPP en sus diferentes órdenes jurisdiccionales. No obstante, como podrá apreciarse, porcentualmente, es el orden jurisdiccional civil el que acapara la mayor parte de las sentencias conectadas con el objeto del presente estudio. El motivo es la existencia en la práctica de un ámbito cuya problemática y necesidad de amparo al contratante más débil es muy similar a la del contrato de permuta de solar por obra futura: el contrato de compraventa de pisos o locales sobre plano.

Junto a lo anterior, habiéndose examinado la jurisprudencia sin sujeción a límite temporal alguno, se ha comprobado que las resoluciones son más numerosas a partir de la década de los años sesenta del siglo XX. Esta circunstancia es consecuencia del boom inmobiliario generado en esas fechas y que da lugar a la una prolífica jurisprudencia, especialmente en materia de tercería de dominio, a raíz de las demandas interpuestas por los adquirentes de inmuebles sobre plano, trasladada a los conflictos surgidos entre las partes de los contratos de permuta de solar por obra futura.

A resultas de lo anterior, la producción jurisprudencial de la Sala 1ª del TS es la que mayor número de resoluciones son objeto de examen en la presente investigación, en las que se verifica un criterio casi unánime respecto a la consideración del derecho del cedente del solar como de naturaleza estrictamente personal. A pesar de este dato, se han localizado y serán objeto de un detenido análisis las escasas resoluciones que han optado por un criterio diametralmente opuesto. Idéntica operativa se ha efectuado con las Secciones de lo Civil de las AAPP, hallando una exigua representación de resoluciones que se apartan del criterio general de los efectos jurídico-obligacionales de la escritura pública de permuta pero sumamente útiles para los resultados finales del presente trabajo.

A su vez, se ha procedido al examen de la jurisprudencia en materia tributaria dictada por la Sala 3ª del TS y por el TEAC , revelando su admisión de los efectos jurídico-reales de la escritura pública de permuta.

IV.4. Resoluciones de la DGRN y Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos

El estudio de las RRDGRN sobre el contrato de permuta de solar por obra futura, especialmente a partir de la relevante RDGRN de 16 de mayo de 1996, certifica el hecho de que la jurisprudencia registral adopta un criterio opuesto a la jurisprudencia que emana de la Sala 1ª del TS. En este sentido, se ha procedido al análisis de las Resoluciones que se han pronunciado en materia de transmisión de la propiedad de la

obra futura como comprobación de esta bipolaridad de conclusiones respecto a la naturaleza jurídica del derecho que ostenta el cedente del solar.

Habiendo verificado que la jurisprudencia en materia tributaria emanada de la Sala 3ª del TS y del TEAC admiten la naturaleza jurídico-real de la escritura pública de permuta, se han estudiado las Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos relacionadas con el objeto de la presente investigación, certificando idéntico criterio.

IV.5. Aspecto práctico

Se ha tomado en consideración la vertiente conflictual práctica en materia de transmisión de la propiedad de los contratos de permuta de solar por obra futura para gozar de la perspectiva de la finalidad y utilidad para la *praxis* que pudiera resultar de las conclusiones obtenidas con la presente tesis.

Son numerosos los casos problemáticos relacionados con la transmisión del dominio que acontecen en la contratación inmobiliaria vinculada al contrato objeto de estudio, hecho que refrenda que esta tesis no constituya un simple estudio teórico. Se parte de situaciones reales buscando un sólido fundamento jurídico-teórico para aplicar a las mismas con la finalidad de que, posteriormente, revierta en beneficio de una mejor *praxis*

PARTE I

CONCEPTOS BÁSICOS PARA ENMARCAR EL CONTRATO OBJETO DE ESTUDIO

CAPÍTULOS I A III

CAPÍTULO I

ACERCAMIENTO AL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DEL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.- II.1. Bilateral.- II.2. Consensual.- II.3. Oneroso.- II.4. Conmutativo.- II.5. TraslATIVO de dominio.- II.6. Autónomo

I. INTRODUCCIÓN

La vida social está sujeta a continuos cambios y mutaciones que conllevan que las normas deban plegarse y adaptarse a las nuevas necesidades y requerimientos. De hecho, en las dos últimas décadas ha sido frecuente que se hayan acuñado términos como «tifón», «vendaval» o «aluvión» legislativo, en clara alusión a la pléyade de normas que se promulgan sobre la misma materia en un reducido paréntesis de tiempo —incluso recurriendo a veces a una censurable técnica legislativa— y que ha sido el foco de aguerridas críticas por parte de la doctrina científica.

El mismo escenario se contempla en la contratación civil y mercantil en el que los contratantes han perfilado y adaptado los correspondientes contratos a sus cuitas y necesidades, sirviéndose inicialmente en ocasiones de modalidades contractuales típicas para alcanzar el fin perseguido mediante la consiguiente adaptación al caso contrato. Esto es lo que ha sucedido con el contrato de permuta, aportación o cesión de solar a cambio de edificación, obra o inmuebles futuros, según las acepciones más comunes atribuidas a este negocio jurídico.

Lo anterior engarza precisamente con la atipicidad del contrato de cesión de solar, al haber surgido de la práctica negocial, de las necesidades, pretensiones y garantías que en un momento determinado han movido a cedente y cesionario a

suscribir un contrato de tales características, moldeándose poco a poco por la intervención de la doctrina y la jurisprudencia.

Con independencia de cómo se nombre al contrato, la operatividad del mismo estriba en su ductilidad, aunando las voluntades de cedente y cesionario en aras de alcanzar unos objetivos que sin el recurso al referido contrato serían impensables o, en todo caso, con unas condiciones diametralmente distintas o más gravosas para las partes.

El recurso a esta modalidad contractual interesa desde el punto de vista de las partes implicadas. El cedente del solar es propietario de un suelo sobre el que no se ha planteado edificar o bien carece de los recursos suficientes para emprender una edificación del calado de la que se acomete con la participación del cesionario¹. A su vez, el cesionario, habitualmente profesional del sector de la promoción y/o construcción inmobiliaria, posee los medios humanos y técnicos necesarios para llevar a cabo la edificación comprometida pero, sin embargo, adolece de capital suficiente para poder afrontar la adquisición en pleno dominio del suelo del cedente o le resulta más ventajoso no desprenderse de fondos propios para ello.

Sentado lo anterior, el extremo más apasionante del contrato de aportación de solar consiste en la plasmación más evidente de que el Derecho está en continuo movimiento y evolución. La autonomía de la voluntad de las partes ha dado lugar a la aparición de este negocio jurídico, quizás de manera inconsciente, pero convergiendo en este punto las necesidades de los contratantes, apremiadas por recoger en el mismo sus objetivos, garantías y dejando perfectamente delimitada su contraprestación.

El apogeo que ha experimentado en España desde los años sesenta el sector de la edificación ha motivado que se haya ido reduciendo el suelo apto para edificar,

¹ Otras veces este contrato sirve de cauce para atender al deber urbanístico de edificar al que se refiere el art. 15.1 del RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, al referirse al contenido del derecho de propiedad del suelo: *El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones comprende con carácter general, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes siguientes:*

a) *Dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística.*
b) *Conservarlos en las condiciones legales de seguridad, salubridad, accesibilidad universal, ornato y las demás que exijan las leyes para servir de soporte a dichos usos.*
c) *Realizar las obras adicionales que la Administración ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación. En éste último caso, las obras podrán consistir en la adecuación a todas o alguna de las exigencias básicas establecidas en el Código Técnico de la Edificación, debiendo fijar la Administración de manera motivada el nivel de calidad que deba ser alcanzado para cada una de ellas.*

pergeñándose nuevos contratos que intentan suplir las carencias o lagunas del ordenamiento jurídico para adaptarse a la realidad social, incluso reflatando figuras que parecían obsoletas, en desuso o infrautilizadas como es el caso de la permuta. Correlativamente, cabe presumir que no ha frenado el desarrollo jurídico-técnico de esta figura contractual, escasamente estudiada doctrinalmente, pero que la práctica, adaptada a las contingencias del momento, se encargará de perfilar y perfeccionar sin desdeñar la posibilidad de la aparición de otras figuras nuevas.

Como cuestión previa al análisis del contrato objeto de la presente investigación es necesario fijar una cuestión semántica centrada en el nombre que recibirán a lo largo del presente estudio los elementos personales del contrato, a fin de no resultar tediosa la continua referencia a los mismos; por un lado, el propietario del solar puede denominarse sin que su posición varíe un ápice como: «dueño o *dominus* del solar o suelo», «aportante», «cedente» o «permutante»; por su parte, el otro contratante responde habitualmente al concepto de «cesionario» o «constructor» —o la conjunción de ambas palabras—, reiterando que se ciñe a toda persona que por sí misma o de manera medial, se dedica a la promoción y/o construcción inmobiliaria, encargándose de ejecutar la contraprestación pactada de edificar y entregar los elementos futuros al cedente del solar.

Por ser más gráfica la expresión a los efectos que nos ocupan se citará con mayor profusión la expresión «constructor» para identificar al adquirente del solar para edificar sobre el mismo aunque realmente sea exclusivamente promotor inmobiliario y suscriba el correspondiente contrato de ejecución de obra con una empresa constructora para cumplir su contraprestación.

II. CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DEL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

II.1. Bilateral

El contrato de permuta de solar por obra futura genera obligaciones para ambas partes contratantes en el bien entendido, como señala ALBALADEJO², que el contrato es siempre un negocio jurídico bilateral o plurilateral, creando el mismo obligaciones bilaterales o recíprocas. En el ámbito del contrato de cesión de suelo por inmuebles futuros el propietario del solar está obligado a ceder el mismo a cambio de que el constructor construya y le haga entrega de la edificación futura comprometida.

II.2. Consensual

El contrato de aportación de solar por futura edificación se perfecciona por el mero consentimiento, independientemente de que la contraprestación del cesionario tenga existencia actual o futura, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1254 y 1258 CC. En otras palabras, no es preceptiva la inmediatividad de la cosa para su celebración³, radicando en este extremo su diferenciación de los contratos denominados reales, en los cuales se exige la entrega de la cosa, siguiendo la tradición histórica que se remonta al Derecho romano⁴.

En este concreto punto hay que destacar tres preceptos del CC, ubicados en sede de compraventa y de permuta, y que facilitan la comprensión del contrato objeto del presente estudio: son los arts. 1445, 1538 y 1541 CC⁵. Lo esencial a estos efectos es la mención *se obliga* contenida en los dos primeros. En cuanto al art. 1541 CC sirve de

² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*, 12ª edición, Edisofer, Madrid, 2003, pág. 217. Se hace esta acotación para aclarar que, pese a que dogmáticamente se diferencia entre contratos unilaterales, bilaterales o plurilaterales, cuando se habla de contrato unilateral o bilateral no se refiere al número de partes que intervienen sino a que produzca obligaciones para una sola parte o para ambas.

³ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar por edificación futura*, 4ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2010, págs. 261 y 262.

⁴ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 34.

⁵ Los referidos preceptos del CC rezan así:

Art. 1445 CC: *Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*

Art. 1538 CC: *La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.*

Art. 1541 CC: *En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta.*

conexión entre ambas instituciones jurídicas, complementando a la permuta con las reglas de la compraventa en lo no previsto expresamente para la misma⁶.

II.3. Oneroso

La existencia de reciprocidad de prestaciones entre ambas partes contratantes excluye la gratuidad o carácter lucrativo del contrato de permuta de solar por obra futura, con independencia de la equivalencia de las mismas *stricto sensu*.

Así, algunos autores hayan añadido el carácter conmutativo a este negocio jurídico al recibir las partes de forma aproximada una prestación equivalente⁷ pero desvinculándose diametralmente de lo que pudiera entenderse como un contrato aleatorio.

II.4. Conmutativo

El contrato objeto del presente trabajo posee la característica de ser conmutativo por cuanto genera obligaciones y cargas equivalentes y recíprocas para cedente y cesionario⁸.

II.5. Traslativo de dominio

La transmisión del dominio solar-inmuebles futuros se produce bidireccionalmente en el contrato de permuta de solar por obra futura. La transmisión del dominio del solar se produce *ab initio* del cedente al cesionario para que éste último pueda comenzar a ejecutar las obras proyectadas. Ahora bien, la controversia existente en torno a la determinación del momento exacto en el que se produce la transmisión del

⁶ No obstante, como señala MORATILLA GALÁN, Isabel: “Quien permuta busca el cambio directo de los objetos en juego mediando en el negocio unos intereses y motivaciones que quizá nada tengan que ver con el valor real o valor en venta de las cosas intercambiadas”, en *RCDI*, nº 701, mayo-junio 2007, págs. 1355 y 1356, pese a su aparente sencillez, realmente el art. 1541 encierra importantes cuestiones dogmáticas, debiendo tener en cuenta la perspectiva histórica por cuanto la permuta es un contrato que surge con anterioridad a la compraventa y, por consiguiente, dada su autonomía, las normas de la compraventa le serán de aplicación en tanto en cuanto sean compatibles con su naturaleza.

⁷ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar.....*, ob.cit. pág. 262 y 263.

⁸ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar.....*, ob.cit. pág. 263, señala que el hecho de que la contraprestación a percibir por el cedente de solar sea una *res speratae* no afecta al carácter conmutativo del contrato.

dominio de la obra futura a favor del anterior propietario del suelo es el objeto de la presente investigación. En función de la teoría que se acoja se desprenderá un mayor o menor grado de protección para el cedente del solar.

II.6. Autónomo

El contrato de permuta de solar por obra futura cuenta con sustantividad y autonomía propia según destaca la doctrina científica que ha tratado sobre el mismo⁹.

⁹ Así lo entiende también SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 264 y 265, al considerar innecesarios los esfuerzos de MERINO HERNÁNDEZ por otorgar carácter autónomo a la permuta, con una defensa furibunda del citado carácter a pesar de que las modernas legislaciones no hayan regulado profusamente el contrato de permuta, conformándose con remitir a las normas de la compraventa, como si fuera posible hacerse de una forma tan general y obviando las propias especialidades y singularidades de cada contrato. Por la referencia se cita MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, pág. 41. Refrendando la autonomía jurídica de la permuta MORATILLA GALÁN, Isabel: “Quien permuta...”, ob. cit., pág. 1356.

CAPÍTULO II:

LOS DIFERENTES SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. EL SISTEMA CONSENSUALISTA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD.-**
 - II.1. Introducción.-**
 - II.2. La transmisión de la propiedad en Francia.-**
 - II.2.1. El objeto futuro en el ordenamiento jurídico francés.-**
 - II.3. La transmisión de la propiedad en Italia.-**
 - II.3.1. El objeto futuro en el ordenamiento jurídico italiano**
- III. EL SISTEMA DEL ACUERDO ABSTRACTO TRASLATIVO.-**
 - III.1.-**
 - III.2.- El objeto futuro en el ordenamiento jurídico alemán**
- IV. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO.-**
 - IV. Definición.-**
 - IV.2. Origen del sistema del título y el modo.-**
 - IV.3. La evolución de la teoría del título y el modo en el Derecho español.-**
 - IV.4. El Código Civil de 1889.-**
 - IV.5. Presupuestos de la teoría del título y el modo.-**
 - IV.5.1. El título.-**
 - IV.5.2. El modo o tradición.-**
 - IV.5.2.1. Concepto.-**
 - IV.5.2.2. Espiritualización de la tradición.-**
 - IV.5.2.3. La tradición instrumental.-**
 - IV.5.2.3.1. Definición.-**
 - IV.5.2.3.2. Origen.-**
 - IV.5.2.3.3. Regulación legal.-**
 - IV.5.2.3.4. La tradición instrumental efectuada por un no poseedor.-**
 - IV.5.2.3.4.1. Consideraciones previas.-**
 - IV.5.2.3.4.2. Posición contraria a admitir la transmisión de la propiedad por propietario no poseedor.-**
 - IV.5.2.3.4.3. Posición favorable a admitir la transmisión de la propiedad por propietario no poseedor**

I. INTRODUCCIÓN

La presente tesis pretende desentrañar el fenómeno de la transmisión de la propiedad en el contrato de permuta de solar por obra futura y verificar si el sistema de transmisión del dominio vigente en el ordenamiento jurídico español admite atemperarse en su aplicación práctica a fin de equilibrar la posición contractual del cedente del solar en relación con el constructor-cesionario.

Para alcanzar el fin perseguido y efectuar el preceptivo recorrido de lo general o lo particular dentro del fenómeno de la transmisión de la propiedad, en este capítulo se ofrece una visión panorámica de los diferentes sistemas transmisivos herederos de la tradición romana existentes en Derecho comparado y del tratamiento que en cada uno de ellos se dispensa a la transmisión del dominio en los contratos con objeto futuro. Recorrer este camino deviene imprescindible para tener una opinión formada respecto al sistema de transmisión de la propiedad vigente en el Derecho español: la teoría del título y el modo. En este sentido, hay que significar que parte de la doctrina científica¹⁰ entiende que la problemática relativa a la transmisión de la propiedad en los contratos con objeto futuro es fiel reflejo de la existente en otros países del entorno europeo, con la salvedad —nada trivial— de ser distinto el momento en el que se produce la adquisición del dominio.

Una posible flexibilización de la teoría del título y el modo, sin renunciar a su vigencia como sistema de transmisión de la propiedad y de los derechos reales, puede servir de fundamento a la transmisión simultánea de los futuros inmuebles pactados como contraprestación a favor del cedente del solar al operar la tradición instrumental en el momento de otorgar la escritura pública de permuta. Por consiguiente, la claridad conceptual deviene necesaria para atender al objetivo pretendido a sabiendas de que aparece de entrada un obstáculo importante: la jurisprudencia de la Sala de los Civil del TS, la cual, como se verá en profundidad en el capítulo XII —con escasísimas excepciones— rechaza que el cedente del solar posea un derecho real sobre los elementos futuros a construir, atribuyéndole exclusivamente un derecho de crédito sobre los mismos.

La modificación normativa más avanzada que hasta el momento se ha producido en este ámbito contractual, el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, que modificaba, entre otros, el art. 13 RH en el sentido de admitir la posibilidad de que las partes acordasen una permuta de efectos jurídico-reales, ha sido anulada por la Sala 3ª del TS, en su sentencia de 31 de enero de 2001, argumentando precisamente que dicha reforma supone una vulneración de la teoría del título y el modo, además de conculcar el

¹⁰ PLANA ARNALDOS, Carmen: *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág.115.

principio de jerarquía normativa. El Alto Tribunal incide en la falta de realidad de la edificación futura para señalar la ilegalidad del apuntado precepto y negar la existencia de transmisión de la propiedad desde que se otorgue la escritura pública de permuta, aduciendo que la inmaterialidad de los inmuebles comporta una barrera infranqueable aun acudiendo a las formas espiritualizadas de tradición que admite el ordenamiento jurídico español.

Por consiguiente, el punto de encuentro entre la posible flexibilización de la teoría del título y el modo y el momento a partir del cual puede entenderse que la cosa futura ha ganado existencia y realidad llevará a concluir si es factible o no una proposición de esta magnitud y así verificar si se está en disposición de combatir los argumentos expresados por el Alto Tribunal en la apuntada sentencia.

Sentado lo anterior, en el Derecho continental europeo se observa actualmente la convivencia de tres sistemas de transmisión de la propiedad fraguados históricamente sobre la base de una progresiva espiritualización de la tradición y de una admitida moderación de la justa causa de la misma en relación con el negocio precedente. No es baladí que un ordenamiento jurídico se decante por un modelo u otro de transmisión de la propiedad al incidir directamente en la cuestión transcendental del dinamismo¹¹ a observar en las relaciones jurídico-mercantiles así como en la seguridad y celeridad de las mismas.

Los tres sistemas de transmisión de la propiedad que conviven actualmente son los siguientes:

1º) Sistema de transmisión «consensual» o «mero consenso», el cual, con un fundamento todavía causal, llega a espiritualizar al máximo el requisito de la *traditio*, sustituyendo la misma por la voluntad concorde de las partes respecto a la transmisión

¹¹ PABLO CONTRERAS, Pedro de: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en *Derecho Privado Europeo*, Coordinador: Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003, pág. 954, destaca que frente a la denominada «concepción estática» de la propiedad, aparece la «concepción dinámica». Si sobre la primera acepción pueden observarse coincidencias en los distintos sistemas jurídicos continentales de transmisión de la propiedad, la dinámica del derecho de propiedad muestra la existencia de los diferentes enfoques con que los ordenamientos jurídicos abordan la transmisión derivativa del dominio.

de la cosa. Sus máximos exponentes son los ordenamientos jurídicos de Francia e Italia, si bien se hará alusión más adelante al guiño histórico que el Derecho español efectuó al mismo en el Proyecto de CC de 1851, finalmente descartado en el CC de 1889.

2º) Sistema del «acuerdo abstracto traslativo», vigente en Alemania y caracterizado por requerir la eficacia traslativa de la tradición pero no apoyada en el negocio antecedente de carácter obligatorio —por eso pasa a ser abstracto— sino en una voluntad coincidente de las partes de adquirir y transmitir la propiedad. Esta concepción protege especialmente al adquirente favoreciendo, además, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

3º) La «teoría del título y el modo», sistema adoptado por el CC español, modelo que requiere para adquirir el dominio y los demás derechos reales que la tradición o modo, que no es otra cosa que la entrega de la posesión de la cosa, vaya precedida de un justo título que la ampare y justifique. Este sistema también es el vigente en Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Uruguay, Colombia y Panamá por lo que respecta a los textos codificados latinos. Asimismo, si bien ciñéndose en exclusiva a la transmisión de bienes inmuebles, fue incorporado en los arts. 905.III y 974 del CC de Suiza de 1907 y en el art. 1033 del CC griego de 1940.

II. EL SISTEMA CONSENSUALISTA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

II.1. Introducción

El sistema consensualista de transmisión de la propiedad se fundamenta en admitir que la propiedad y el resto de derechos reales se adquieren por el mero consentimiento de las partes plasmado en un contrato válido, sin necesidad de entrega de la cosa debido a que la obligación de entregar se considera idealmente ejecutada. Para esta concepción la obligación nace y muere sin solución de continuidad.

Los sistemas de tradición consensual concentran toda la fuerza transmisiva en el título, prescindiendo del modo. Históricamente aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico francés, trasladándose posteriormente a otros Códigos de su ámbito de influencia: Italia, Portugal y Bélgica.

La doctrina iusnaturalista fue la que motivó el cambio en relación con el Derecho romano, dotando de gran importancia a la autonomía de la voluntad contractual, inspirada en un orden racional natural.

En este sistema no se observa diferencia alguna entre los efectos reales del contrato y los efectos obligacionales de la prestación del consentimiento. La perfección viene a coincidir con el efecto transmissivo, restando únicamente que se cumpla la entrega posesoria, sin que la misma sea equivalente a la *traditio*¹². Como acertadamente recoge NAVARRO CASTRO¹³, este sistema consagra un efecto traslativo más sencillo, lo que se traduce en un tráfico jurídico más rápido y dinámico. Ahora bien, esta mayor celeridad encuentra su contrapartida en el hecho de que la situación de los terceros adquirentes deviene más frágil en comparación con el sistema que exige la entrega de la cosa por resultar más factible que coincida el verdadero titular del derecho con la apariencia de titularidad que otorga la posesión, junto al hecho de la preferencia que alcanza el que primero llega a poseer en los supuestos de doble enajenación. De hecho, el sistema francés renuncia a la publicidad de las transmisiones, de forma que los terceros carecen de un conocimiento preciso y exacto de las modificaciones habidas en materia de derechos reales.

En relación a la transmisión de cosas futuras, tanto en el ordenamiento jurídico francés como en el italiano se admite la celebración de contratos con objeto futuro, con independencia de la problemática que resulta palpable en los mismos —idéntica a la

¹² Sobre estas cuestiones véase MIQUEL CALATAYUD, José Antonio: “Consideraciones sobre el pago traditivo”, en *RCDI*, nº 565, noviembre-diciembre 1984, pág. 1366 y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M^a: “Los principales sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo”, en *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, Directores: Javier Orduña Moreno y Fernando De la Fuente Alfaro. Coordinadora: Luz M^a Martínez Velencoso, Civitas, Madrid, 2009, pág.76.

¹³ NAVARRO CASTRO, Miguel: *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 29. El mismo autor, en la pág. 65 del indicado trabajo, al hablar de la tradición requerida en el sistema de título y modo, certifica que el sistema implantado en España determina una menor agilidad en el tráfico.

existente en España—, en torno a la transmisión de bienes que no poseen existencia física en el momento de suscribirse el contrato.

II.2. La transmisión de la propiedad en Francia

El actual sistema galo de transmisión de la propiedad proviene de la tendencia gradual a la espiritualización de los contratos y de la proliferación en la práctica contractual de inclusión de cláusulas en las que la adquisición del dominio operaba automáticamente con la firma del contrato. La evolución histórica provocó el reemplazo de la entrega efectiva de la cosa objeto de la transmisión por actos formales de variada configuración siendo suficientes las formas ficticias de tradición¹⁴. El Derecho consuetudinario francés recurrió a fórmulas más sencillas, incluyendo como cláusula de estilo el *constitutum possessorium* en los contratos celebrados ante notario así como a las estipulaciones denominadas de *dessaisine-saissine*, las cuales se habían convertido, a su vez, en cláusulas de estilo por las que el transmitente declaraba que se despojaba de la posesión y volvía a tomarla en nombre de otro¹⁵.

Otro factor a tener en cuenta en la aparición del sistema francés tal cual hoy es concebido es la esfera filosófica, concretamente la escuela del Derecho natural racionalista de GROCIO y PUFFENDORFF. Este movimiento hacía hincapié en el hecho de que la voluntad de las partes era suficiente para producir la transmisión de la propiedad, justificando de esta forma, desde el punto de vista teórico-doctrinal, la innecesariedad de la entrega de la cosa para consumar la adquisición del dominio.

De ahí que, coetáneamente a la corriente filosófica antedicha, el *Code* Napoleón, encaminado a la supresión de barreras formales y a la espiritualización del Derecho, ya

¹⁴ PABLO CONTRERAS, Pedro de: ob. cit., págs. 956 y 957, considera que el modelo francés surge de una incorrecta comprensión de la *traditio* romana. La innovación que este sistema provocó se introdujo, a juicio de este autor, como un «cuerpo extraño» en el ordenamiento jurídico francés, el cual, en el resto de materias seguía respondiendo a los principios del Derecho romano.

¹⁵ COLIN, Ambrosie y Henry CAPITANT: *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2º, Reus, Madrid, 1923, págs. 1011 y 1012, refrendan que en el Derecho francés antiguo, la tradición, como requisito de transmisión de la propiedad, quedaba inoperante por voluntad de las partes.

evidenciara, con carácter previo a la Codificación¹⁶, la eliminación del requisito de la entrega material de la cosa para que se entendiera transmitida la propiedad sobre la misma¹⁷. De esta forma se admitía que el dominio fuese transmitido por el simple consentimiento¹⁸, eliminándose la necesidad de cláusulas como las de *dessaisine-saisine*.

La plasmación en el Derecho sustantivo francés de la transmisión por el mero consentimiento se halla en el art. 711 CC galo: *La propiedad de los bienes se adquiere y transmite, por donación inter vivos o testamentaria y por efecto de las obligaciones*.

Así, para GUTIÉRREZ JEREZ¹⁹, la compraventa en Francia tiene eficacia real desde que se presta el consentimiento contractual, de conformidad con el art. 1583 CC francés²⁰, sin necesidad de entrega de la cosa, ya que el art. 711 del referido texto legal reconoce que la propiedad se adquiere y se transmite por efecto de las obligaciones sin mayor trámite complementario, lo que viene a ser una admisión restrictiva de la teoría del título y el modo por el carácter consensual de la compraventa. El propio consentimiento transmisivo expresado contractualmente opera de manera externa al

¹⁶ NAVARRO CASTRO, Miguel: *La tradición...*, ob. cit., págs. 28, 29 y 65, adjetiva que en ese específico momento, las formas de tradición estaban «extraordinariamente espiritualizadas», sosteniendo que el desarrollo temporal del sistema consensual hasta la actualidad determinó que llegara a prescindirse de la propia tradición.

¹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, pág. 10, destaca dos diferencias entre el Código Napoleón y el Derecho romano. La primera es la transmisión del dominio por el mero consentimiento, sin necesidad de tradición; la segunda, el ser preciso al vendedor hacer dueño de lo vendido al comprador.

¹⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, Thomson-Civitas, 5ª edición, Pamplona, 2008, pág. 865, manifiesta que: «El principio romano de la tradición conservaba un valor puramente teórico pero que en la práctica era la voluntad de las partes el factor determinante de la transmisión». En idénticos términos GIMÉNEZ ROIG, Eusebio: «Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria», en *RCDI*, nº 537, marzo-abril 1980, pág. 278, quien ratifica que el CC francés modificó el sistema tradicional del título y el modo según la orientación de la Escuela de Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII, haciendo prevalecer el consentimiento traslativo del título y prescindiendo del modo o tradición como requisito de la transmisión de la propiedad, el cual quedaba normalmente inoperante, frente a la voluntad de las partes contratantes mediante la combinación de la cláusula de *desaisine-saisine* (equivalente a la cláusula boloñesa de *constituto posesorio*) y de la cláusula de cesión de acciones. El mismo autor en su trabajo: «Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión», en *RCDI*, nº 613, noviembre-diciembre 1992, pág. 2300.

¹⁹ GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: *Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa*, Reus, Madrid, 2009, pág. 34.

²⁰ Reza el art. 1583 del referido cuerpo legal: *La propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, desde el instante en que convienen sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio*.

Registro de la Propiedad, como refrenda MOISSET DE ESPANÉS²¹, produciéndose la transmisión del dominio por efecto de las obligaciones²².

II.2.1. El objeto futuro en el ordenamiento jurídico francés

Con respecto a los contratos con objeto futuro en el ordenamiento jurídico francés hay que llamar la atención sobre dos extremos fundamentales que pone de relieve PLANA ARNALDOS²³: la compraventa de cosa futura carece de regulación expresa considerando la doctrina que la adquisición de la propiedad sobre el bien sólo se produce cuando el mismo ya posee existencia física²⁴. No obstante lo anterior, sí aparece regulada la compraventa de inmuebles a construir, concretamente en los arts. 1601-1 a 1601-4 del *Code*, introducidos por la Ley 67-3, de 3 de enero de 1967²⁵. Este texto legal tiene sus raíces en la necesidad de proteger a los consumidores debido a la escasez de vivienda existente en Francia tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, circunstancia que fue aprovechada por los promotores inmobiliarios para expandir la venta de inmuebles sobre plano. La referida Ley recoge dos modalidades de compraventa de inmueble a construir muy relevantes:

²¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis: “La tradición traslativa del dominio (el Código civil español y el sistema iberoamericano)”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 11/2004, noviembre-diciembre 2004, págs. 773 y ss., señalando que el sistema francés fue adoptado también en aquellos países que adoptaron el CC galo tales como Mónaco, Bélgica y Luxemburgo.

²² RODRÍGUEZ OTERO, Lino: *Cuestiones de Derecho Inmobiliario*, Dijusa, 2008, pág. 271.

²³ PLANA ARNALDOS, Carmen: “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura”, en *RCDI*, nº 674, noviembre-diciembre 2002, pág. 2088 y en “Transmisión del dominio en contratos con objeto futuro: el modelo francés y la ley catalana de cesión de solar a cambio de construcción futura”, en *Bases de un Derecho contractual europeo*, Coordinadores: Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 488. En idénticos términos PÉREZ GURREA, Rosana: “La permuta de solar por edificación futura en la contratación inmobiliaria”, en *RCDI*, nº 737, mayo-junio 2013, pág. 1956. Asevera esto mismo LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 33, aduciendo que pese a que el *Code* no haga expresa mención, la doctrina viene entendiendo que la transmisión de la propiedad de una cosa futura requiere, junto al consentimiento de las partes contratantes, que la cosa venga a existencia. Sobre el particular, destaca en la doctrina francesa: DAGOT, Michel: *La cession de terrain moyennant remise de locaux à construire*, Paris, LITEC, 1976; MALINVAUD, Philippe y Philippe JESTAZ: *Droit de la promotion immobilière*, 6ª édition, Paris, Dalloz, 1995 y MAGNIN, François: “Vente d’inmeuble à construire”, en *Jurisclasseur civil* (arts. 1601-1 a 1601-4), febrero 2002.

²⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M^a: *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Aranzandi, Pamplona, 2002, pág. 121, considera que el ordenamiento jurídico francés admite la compraventa de cosa futura aunque la transmisión de la propiedad se producirá necesariamente de modo sobrevenido a dicho momento. Esto acontecerá una vez concluido el proceso de producción del bien o cuando se efectúe la entrega. Para esta autora hubiera sido conveniente que el legislador español hubiera adoptado medidas como las instauradas en Derecho francés con respecto a la compraventa en construcción, testigo recogido por la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sobre cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura.

²⁵ Referencia y comentario a las dos modalidades de venta de inmuebles que regulan los arts. 1601-1 a 1601-4 del CC francés pueden verse en RODRÍGUEZ OTERO, Lino: ob. cit., págs. 271 y 272, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “La responsabilidad del promotor que vende pisos o locales defectuosamente”, en *ADC*, 1982, fascículo III, págs. 900 a 902.

1ª) La «venta a término» (*vente à terme*): esta figura proviene de la práctica notarial relacionada con la construcción de buques y destinada a evitar que, en caso de insolvencia del constructor, el adquirente se viese abocado al concurso de acreedores²⁶. La transmisión de la propiedad se culmina cuando la obra está finalizada, viniendo obligado el comprador a pagar el precio en el momento en que se entrega el inmueble, produciéndose automáticamente la transmisión del dominio. Formalmente se extiende un acta auténtica donde se hace constar este extremo, considerándose retroactivos los efectos de la adquisición, cuestión que implicaría la nulidad de cualquier acto dispositivo del vendedor efectuada durante el período intermedio. Y pese a que, conforme a lo dicho, el comprador no está obligado a pagar el precio hasta que se produce la entrega efectiva, el vendedor puede solicitarle «depósitos de garantía» con finalidad de financiar la construcción. Estos depósitos son inembargables y pueden ser utilizados por el vendedor para obtener crédito²⁷. Lógicamente, la finalidad de la norma es la protección del adquirente aunque en la práctica se observa una posible dificultad, centrada en la necesidad de obtención de financiación por parte del constructor²⁸. Esta eventualidad conllevará que la entidad financiera exija la prestación de una garantía hipotecaria que asegure la devolución del importe prestado. La solución a la apuntada eventualidad es el recurso a la figura del mandato²⁹, consintiendo el comprador que el constructor hipoteque el inmueble vendido, estableciéndose como límite de la responsabilidad hipotecaria la cantidad acordada como precio en el contrato de compraventa. La ventaja de esta construcción para el comprador es la certeza y protección económica que se traduce en que no tendrá que añadir mayor esfuerzo económico para poder obtener su inmueble libre de cargas. Sin embargo, en la práctica diaria se verifica que los promotores son reacios a acoger esta figura.

²⁶ ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1975, págs. 395 y 396.

²⁷ VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: “Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del derecho. Exigencia de una nueva normativa jurídica”, en *RCDI*, nº 573, marzo-abril 1986, págs. 231 y 232, efectúa el examen de esta modalidad de venta.

²⁸ PLANA ARNALDOS, Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 118 a 121 y “Transmisión del dominio en contratos con objeto futuro...”, ob. cit. pág. 489.

²⁹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M^a: “Conflicto entre el permutante de varias fincas y un acreedor hipotecario. Comentario a la STS de 28 de febrero de 2006 (RJ 2006, 696), en *RDP*, nº 18/2007 (BIB 2007\18), págs. 10 y 11, destaca que, en la «venta a término», para impedir la nulidad de una hipoteca constituida por el constructor para conseguir financiación como consecuencia de los efectos retroactivos de esta figura se acude a la figura del mandato.

2ª) La «venta en estado de futura terminación» (*vente en état futur d'achèvement*): en este caso, el contrato tiene efectos reales inmediatos debido a que el vendedor transmite al adquirente sus derechos sobre el suelo y la propiedad sobre lo ya edificado automáticamente, adquiriéndose la referente a las obras futuras a medida que éstas se vayan ejecutando por medio del instituto de la accesión. El comprador satisfará el precio conforme avancen las obras, abonándose la diferencia existente en el momento de la entrega. Realmente lo que se produce es una transmisión por parte del vendedor al comprador de los mismos derechos que el primero ostentaba sobre el solar y que no necesita imperiosamente que sea el derecho de propiedad. El vendedor conservará los poderes necesarios para finalizar la ejecución de la obra aunque tampoco en este supuesto podrá enajenar ni gravar los inmuebles a excepción de que exista un mandato que le faculte en este sentido y cuyos límites no podrá sobrepasar.

II.3. La transmisión de la propiedad en Italia

El sistema de transmisión consensual de la propiedad proveniente del CC francés fue seguido fielmente por el CC italiano de 1865³⁰. Sin embargo, en el posterior texto codificado de 1942, sin renegar del sistema, se introducen importantes correcciones para superar algunas de las disfunciones que el modelo francés había suscitado en la práctica. En efecto, uno de los cambios más significativos en el nuevo CC es la aparición de dos categorías contractuales: los contratos de «efectos reales», en los cuales la transmisión del dominio y demás derechos reales se produce directamente por el consentimiento de las partes legítimamente manifestado y, en segundo lugar, los «contratos obligatorios», que engloban aquellos supuestos en los que, como excepción a la regla, la transmisión de la propiedad queda diferida a un momento posterior por voluntad de las partes o, cuando así sea necesario, por la propia naturaleza de las cosas. Para que fragüe el efecto traslativo es imprescindible llevar a cabo una actividad ulterior o simplemente esperar a que se verifique un evento determinado. La compraventa de cosas futuras es el ejemplo paradigmático pero dentro de los contratos con efectos

³⁰ Así lo afirma ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La obligación de transmitir...*, ob. cit., pág. 21.

obligatorios se incluyen también los supuestos de compraventa de un bien ajeno y de compraventa de cosas genéricas³¹.

La referencia positiva del sistema consensualista aparece en el art. 1376 CC italiano de 1942, precepto que dispone: *En los contratos que tienen por objeto la transmisión de una cosa determinada, la constitución o la transmisión de un derecho real o bien la transmisión de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren como consecuencia del consentimiento de las partes legítimamente manifestado.*

A su vez, el art. 1470 del texto codificado italiano confirma que la compraventa tiene como *función instrumental principal la de transferir el dominio, bien en el mismo acto o bien posteriormente*, quedando el vendedor obligado a adquirir la cosa y transmitirla al comprador, de tal forma que éste es considerado propietario desde que se produzca dicha transmisión.

De la denominada *vendita obbligatoria* o «venta obligatoria» se ocupa GIMÉNEZ ROIG³², quien manifiesta que, en algunos casos, el efecto real o traslativo «no es simultáneo a la perfección del contrato, sino mediato, simultáneo a un evento o un momento posterior a la perfección». Momentáneamente lo que se otorga al comprador es un derecho de crédito frente al vendedor para que le procure la adquisición convenida posteriormente sin necesidad de un nuevo acuerdo al respecto. En esta modalidad quedan enmarcados los supuestos de venta de cosa no determinada, de venta con reserva de dominio, de venta de cosa ajena y de venta de cosa futura. Como indica MARTÍNEZ VELENCOSO³³, en estos casos la eficacia traslativa del contrato se suspende hasta que se verifiquen determinados hechos, sin necesidad de prestar un nuevo consentimiento adicional.

³¹ PABLO CONTRERAS, Pedro de: ob. cit., pág. 958 y LIVIAM GRAZIANA ROCCA, Magda M^a: “Compraventa con efectos reales, compraventa con efectos obligatorios, compraventa por unidad y por medida en el Derecho civil italiano. Algunos aspectos a la luz de sus orígenes romanísticos”, en *RDUNED*, n° 3, 2008, pág. 325.

³² GIMÉNEZ ROIG, Eusebio: “Venta por el propietario no poseedor...”, ob. cit., págs. 279 y 280.

³³ MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M^a: “Los principales sistemas de transmisión...”, ob. cit., pág. 81.

II.3.1. El objeto futuro en el ordenamiento jurídico italiano

La compraventa de cosa futura se regula en el art. 1472 CC italiano³⁴, precepto que dispone que en las ventas cuyo objeto sea una cosa futura, la adquisición de la propiedad sobre dicha cosa quedará verificada cuando ésta alcance existencia material³⁵, solventando, al menos *a priori*, la cuestión del momento en el que se produce la adquisición de la propiedad³⁶.

Para RODRÍGUEZ OTERO³⁷, en este caso lo que se produce es un retraso en la transmisión del dominio hasta el momento en que nazca la cosa objeto del contrato.

Por su parte, MERINO HERNÁNDEZ³⁸ alaba el planteamiento sobre la transmisión del dominio de la cosa futura que recoge el CC italiano en su art. 1472, especialmente, en lo relativo al momento y forma de transmisión de la propiedad de la misma. Así, tomando en consideración que en el ordenamiento jurídico italiano la propiedad se adquiere por el mero acuerdo de voluntades, sin necesidad de tradición, una vez

³⁴ ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa...*, ob. cit., págs. 26 a 28, hace una introducción histórica del reseñado precepto, con referencias a los ordenamientos jurídicos francés y español. Así, señala que el art. 1472 del CC italiano es novedoso respecto a Francia y España. Tanto en el art. 1130.1º del Código de Napoleón como en el esquema mantenido por la doctrina española, no es necesario que la cosa vendida tenga existencia actual, siendo suficiente con que la misma exista en el futuro. El art. 1118 del CC italiano de 1865 admitía la existencia y validez de la compraventa de cosa futura y a partir del CC de 1942 se afirma que el art. 1472 no es más que una aplicación particular del art. 1348, el cual, legítima en vía general la celebración de dicho contrato. Según el autor, el art. 1472 no representaría nada nuevo pero esto necesita matizarse en el sentido de que el art. 1348 autoriza la configuración de un objeto negocial que no existe en el momento de la conclusión del contrato en atención al futuro nacimiento, creación, producción, etc., de éste, pero no autoriza la configuración de semejante objeto en negocios que, por su naturaleza jurídica y su estructura, exigen de la presencia de cosa existente. Aun con el art. 1472 se produce esta consecuencia cuando se toma como existente actualmente una cosa en realidad inexistente. Por ende, la función del art. 1472 tiene una importancia decisiva ya que constituye una aplicación más extensa del principio general contenido en el art. 1348, teniendo, además, como misión esencial derogar las normas generales de nulidad del contrato por falta de objeto. Encuentra su razón de ser en «que la existencia de la cosa futura es en realidad, pasajera, en cuanto destinada a desaparecer y valga el juego de palabras». Véase también al respecto CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “La responsabilidad del promotor...”, ob. cit., págs. 903 a 905.

³⁵ MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M^a: “Los principales sistemas de transmisión...”, ob. cit., pág. 121, RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M^a: “Conflicto entre el permutante...”, ob. cit., pág. 10 y PÉREZ GURREA, Rosana: ob. cit., pág. 1956.

³⁶ Véase en la doctrina italiana: PERLINGIERI, Pietro: *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, Jovene, 1962, pág. 216 y *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Jovene, Napoli, 1996; BIANCA, C. Massimo: “La vendita e la permuta”, en *Trattato di Diritto civile italiano*, Vol. VII, Tomo 1, 2ª edizione, Torino, UTET, 1993, págs. 1142 y ss. y SALIS, Lino: *La compra-vendita di cosa futura*, Padova, 1935 y en su trabajo: “Permuta di area edificabile con appartamenti da costruire e fallimento dell'appaltatore”, en *Rivista giuridica edilizia*, 1964, pág. 95 y ss.

³⁷ RODRÍGUEZ OTERO, Lino: ob. cit., pág. 270.

³⁸ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: ob. cit., pág. 353. Para CASTRO Y BRAVO, Federico de: “La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana”, en *ADC*, 1963, fascículo IV, págs. 1117 y 1121, el art. 1472 del texto codificado italiano es la regulación más perfecta de la compraventa de cosa futura de entre los distintos Códigos. Este jurista realza la novedad que supone el aplazamiento que refleja el referido precepto respecto a los efectos reales, admitiéndose *ab initio* y por separado los efectos obligacionales.

celebrado el contrato, el dominio debería quedar transmitido automáticamente al comprador. Ahora bien, al no tener aún existencia física la cosa futura, «esa transmisión hay que diferirla al momento en que aquélla llegue a adquirir existencia. Pero con la particularidad de que este sólo hecho será suficiente para dicha transmisión, sin que se precise ningún acto complementario y posterior por parte ni de vendedor ni de comprador». Estas mismas características son las que sirven en Italia también para la permuta. Por lo demás, nótese que la solución que se desprende del CC italiano acerca de la transmisión diferida de la cosa futura es la misma que, como se verá más adelante, defenderá el referido jurista dentro de las variables adoptadas por la doctrina científica española en torno a la transmisión del dominio de la futura edificación mediante escritura pública.

Existe una cuestión que queda pendiente en esta configuración: la determinación del momento exacto en el que se debe entender que la obra existe y se produce la adquisición³⁹. De hecho, es el mismo obstáculo que se muestra en el ordenamiento jurídico español respecto al momento en el que ha de considerarse que la obra está «comenzada», según los términos del art. 8.4. LH, en sentido físico o material, toda vez que se podrían tomar en consideración diferentes hitos: la emisión por la dirección facultativa de la obra del certificado final de la misma, el inicio de la excavación, la colocación del primer ladrillo, etc.

EL SISTEMA DEL ACUERDO ABSTRACTO TRASLATIVO

III.1. INTRODUCCIÓN

El referente respecto al acogimiento del sistema del acuerdo abstracto traslativo es Alemania. En el Derecho germánico regía desde el siglo XVI la teoría del título y el modo. Sin embargo, en el siglo XIX, a raíz de la interpretación de los pandectistas alemanes sobre la *iusta causa traditionis* y con apoyo en los postulados de SAVIGNY, se

³⁹ En este sentido PLANA ARNALDOS, Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 117.

adopta un sistema diametralmente distinto al consensualista. Este autor alcanzó sus conclusiones mediante una interpretación errónea de las fuentes romanas, afirmando que la *iusta causa traditionis* no es el negocio jurídico antecedente sino el *animus acquirendi et transferendi dominii* o intención recíproca de las partes de adquirir y transmitir la propiedad⁴⁰.

Se estima que fueron dos las razones básicas que llevaron a SAVIGNY a formular la teoría abstracta de la transmisión: por un lado, el hecho de que con esta explicación se sorteaban las aparentes contradicciones entre las fuentes romanas y la teoría del título y el modo, centradas básicamente en la coexistencia de textos; por otro lado, se advierte una razón de teoría y sistemática jurídica, al querer dar a la voluntad de los contratantes absoluta primacía en la formación del Derecho⁴¹. SAVIGNY vino a sostener que cuando se depositaba una moneda en la mano de un mendigo automáticamente se producía entrega y correlativa transmisión de la propiedad, sin necesidad de una obligación anterior; al igual, cuando una persona solicita un dinero en préstamo y se le entrega en ese acto la cantidad solicitada⁴².

Junto a lo anterior, se estima que fue IHERING el que definitivamente provocó que el BGB acogiera el planteamiento del acuerdo abstracto traslativo⁴³, exponiendo las ventajas que se derivan del mismo para la seguridad del tráfico y para los terceros adquirentes.

⁴⁰ ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *El problema de la causa en la tradición*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945, págs. 55 y 61 y SERRANO SERRANO, Ignacio: “*iusta causa traditionis*”, en *RCDI*, 1934 n° 115 a n° 125, julio 1934 a mayo 1935.

⁴¹ En este sentido, RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno: “Dos siglos de evolución del sistema abstracto alemán de transmisión abstracta”, en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Coordinadores: Francisco de Paula Blasco Gascó y otros, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 2281 y ss., quien afirma que este sistema fue fruto de la concepción genial de un autor único como SAVIGNY, datándose su aparición en torno a 1815. En concreto, se conoce que este jurista, al menos en el curso académico 1814-1815, ya exponía una teoría diferente para explicar los textos romanos referentes a la transmisión *a domino*. En los mismos términos ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pág. 59, aunque difiere con respecto al anterior autor en que fue en el curso 1815-1816 cuando SAVIGNY abandonó los postulados clásicos y comienza a observarse el salto cualitativo de su posterior teoría.

⁴² PÉREZ ÁLVAREZ, M^a Pilar: “La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 14, 2006, pág. 226.

⁴³ PABLO CONTRERAS, Pedro de: ob. cit., págs. 959 y 960.

En este sistema, la transmisión del dominio respecto a los bienes inmuebles opera cuando se inscriben los mismos en el Registro de la Propiedad y en cuanto a los bienes muebles mediante su entrega al adquirente en base al acuerdo abstracto que le sirve de soporte. Como ya se anticipó, esta concepción facilita la agilidad y la seguridad del tráfico jurídico y favorece la posición de los adquirentes⁴⁴.

El sistema descrito gira en torno al «principio de abstracción», recibido en el CC alemán (BGB) en el año 1900⁴⁵. El principio reseñado obliga a distinguir entre título y modo —principio de separación—, de tal forma que el negocio jurídico que conlleva la transmisión de la propiedad es jurídicamente independiente del traspaso real del dominio⁴⁶; dicho traspaso se efectúa mediante otro negocio jurídico. Como señala Díez-PICAZO⁴⁷, el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad es un contrato real de disposición y debe diferenciarse jurídicamente de los negocios que, como la compraventa, obliguen a la transmisión aunque en la práctica ambos negocios conforman un proceso unitario.

El acuerdo transmisivo, denominado *Auflassung*, es un negocio jurídico formal que se lleva a cabo ante el propio Registro de la Propiedad del distrito en el que se

⁴⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 72.

⁴⁵ Parágrafo 929 para los bienes muebles y parágrafos 873 y 925 para los bienes inmuebles. En concreto, el parágrafo 929 BGB dispone que: *Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse. Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad.* Asu vez, el parágrafo 873 BGB establece que: *Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro, en tanto que la ley no prescriba otra cosa.*

⁴⁶ Para profundizar en la abstracción de la causa véase: MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1985, 2. Neubearbeitete Auflage, pág. 89; WEIRICH, Hans-Armin: *Grundstücksrecht*, München, 1985, pág. 28; WESTERMANN, Harm Peter: *Sachenrecht. Grundlagen und Recht der beweglichen Sachen*, Heidelberg, 1990, Band I, 6. Auflage von Westermann, Harm Peter, Karl-Heinz Gursky und Winfried Pinger, pág. 30; WILHELM, Jan: *Sachenrecht*, Berlin/New York, 1993, pág. 148; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: “Breves reflexiones sobre las adquisiciones a non domino de inmuebles en el Ordenamiento alemán”, en *ADC*, 2001, fascículo IV, pág. 1558 y ss.; HECK, Philippe: “El negocio jurídico-real abstracto”, en *RCDI*, nº 450-451, noviembre-diciembre 1965, págs. 1443 y ss. y ALONSO PÉREZ, Mariano: “Reflexiones sobre el acuerdo real abstracto alemán (einigungsprinzip o abstraktionenprinzip)”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Coordinador: Francisco Gómez Gállego, Vol. I, Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 823 y ss.

⁴⁷ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 866. Asimismo, PLANA ARNALDOS, Carmen: “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar...”, ob. cit., pág. 2086, aduce que el negocio jurídico traslativo se lleva a efecto en ejecución de las obligaciones que genera el contrato pero se dice que es abstracto ya que su validez es independiente de la del negocio obligacional. Por su parte, RUBIO GARRIDO, Tomás: *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1993, pág. 107, manifiesta que el sistema abstracto alemán «diseña, por consiguiente, un hiato insuperable entre el contrato (simple fuente de obligaciones y nunca título de adquisición) y este acto traslativo, que, aunque se lleve a cabo en ejecución de la obligación que deriva del previo contrato, es abstracto, puesto que no requiere, para su validez, la sustancial preexistencia de una *causa obligandi* (es válido incluso si el contrato antecedente es posteriormente declarado nulo por falta o falsedad de la causa)».

encuentre radicada la finca o ante cualquier autoridad competente para recibirla. El vendedor debe hacer todo lo posible y que esté a su alcance para que la transmisión de la propiedad al comprador se lleve a cabo. De hecho, en caso de negativa, puede ser demandado para que verifique la transmisión⁴⁸.

Es relevante que en la fase intermedia, esto es, entre el acuerdo obligatorio y el acuerdo traslativo, el adquirente posee una expectativa real que puede protegerse mediante una prenotación o preinscripción pero el transmitente puede disponer todavía a favor de otra persona que será el real adquirente si la segunda adquisición es la que accede finalmente al Registro.

En otras palabras, la inscripción registral es constitutiva de la adquisición del dominio sobre el inmueble de que se trate, desprendiéndose de la exigencia de un contrato previo que sirva de fundamento a la *traditio* en el que han de confluir la voluntad de los contratantes de adquirir y transmitir la propiedad.

Según refiere MOISSET DE ESPANÉS⁴⁹, puede decirse que en lugar de la «tradición real» se ha producido una «tradición inscriptoria» de carácter constitutivo, que provoca el cambio de titularidades en virtud del asiento registral.

III.2. El objeto futuro en el ordenamiento jurídico alemán

El Derecho alemán no reconoce de forma expresa la celebración de contratos con objeto futuro aunque la doctrina lo considera factible como excepción al art. 310 BGB, conforme al cual es nulo el contrato por el que una parte se obliga a transmitir su patrimonio futuro o parte de él⁵⁰.

⁴⁸ Así lo constata ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La obligación de transmitir...*, ob. cit., págs. 29 y 30.

⁴⁹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis: ob. cit., pág. 774

⁵⁰ Así PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: “Transmisión del dominio en contratos con objeto futuro...”, ob. cit., pág. 487.

De manera concreta, en lo que al contrato de permuta respecta, sólo el párrafo 515 BGB menciona a la misma, remitiendo para regular esta figura a las disposiciones relativas a la compraventa, constatando una situación muy similar a la que se contiene en el CC español. Por ende, en Derecho alemán, los negocios jurídicos de permuta podrán englobar cosas presentes y cosas futuras.

La remisión a las normas reguladoras de la compraventa convierte a la permuta, a su vez, en un contrato que carece de eficacia real, precisando que la misma sea documentada judicial o notarialmente cuando su objeto son bienes inmuebles, por remisión del párrafo 313 BGB⁵¹.

IV. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

IV.1. Definición

Sistema que requiere para que se produzca la transmisión del dominio y de los demás derechos reales de la concurrencia del título y el modo. Con mayor rigor cabe decir que se está en presencia de un sistema complejo el cual necesita de un título previo que sirva de justa causa a la ulterior tradición o entrega de la cosa que consumará la transmisión. Única y exclusivamente, bajo la concurrencia de ambos requisitos, puede afirmarse que la transmisión se ha efectuado⁵².

A la vista de lo anteriormente expuesto cuando sólo concurre el título, lo que en puridad se ostenta es un derecho personal o de crédito para reclamar la cosa; por otro

⁵¹ El tenor literal del párrafo 313 BGB es el siguiente: *Un contrato por el cual una parte se obliga a transmitir la propiedad de una finca necesita la documentación notarial o judicial. Un contrato concluido sin observancia de esta forma es válido según todo su contenido si se realiza la transmisión (Auflassung) y la inscripción en el Registro.*

⁵² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 863, precisa que este sistema se configura como la necesaria yuxtaposición de dos elementos en lo que puede considerarse como «un supuesto complejo de formación sucesiva: el contrato antecedente y el traspaso posesorio». También SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: “La adquisición por ley de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes”, en *Aranzadi Civil-Mercantil* nº 19/2000, Aranzadi, (BIB 2000\1798), pág. 2 y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1973.

lado, cuando es sólo la tradición la que se concreta pero sin un antecedente justo título, no puede concluirse que ha existido transmisión sino exclusivamente una traslación posesoria, conservando el transmitente la consiguiente acción reivindicatoria frente al adquirente y poseedor actual así como frente a los sucesivos subadquirentes de éste. La entrega por sí sola no transmite la propiedad o el derecho real de que se trate si no existe intención de que se lleve a cabo la indicada transmisión⁵³. Por consiguiente, el principio *nemo dat quod non habet* es el que rige en la teoría del título y el modo para certificar que el *tradens* no puede ceder al *accipiens* más poder sobre la cosa objeto del contrato que el que él mismo ostenta.

IV.2. Origen del sistema del título y el modo

La génesis de esta teoría se remonta al Derecho romano⁵⁴ y, en concreto, a la *emptio-venditio* romana, aunque la práctica unanimidad de la doctrina científica coincide en señalar que la teoría tal cual se conoce hoy en día es una reelaboración de las fuentes romanas efectuada por la doctrina escolástica de los glosadores en época medieval⁵⁵. De este modo se identificó la «justa causa» con el título y la idea de inspiración aristotélica del dominio y el contrato como «causa remota», debiendo concurrir inexorablemente ambos elementos para que opere la transmisión de la propiedad.

Recuérdese que en la época clásica del Derecho romano la propiedad se transmitía mediante la *mancipatio*⁵⁶, la *in iure cessio*⁵⁷ y la *traditio*. Con el paso del

⁵³ Así RUBIO GARRIDO, Tomás: *Contrato de compraventa...*, ob. cit., págs. 154 y 155.

⁵⁴ KASER, Max: “Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho Romano y en la historia de la dogmática moderna”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XIII, 1957, págs. 569 y ss.

⁵⁵ Entre otros así lo señalan BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: *Tradicción instrumental y posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 29; JEREZ DELGADO, Carmen: *Tradicción y Registro*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pág. 77 y LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 37 y 38

⁵⁶ La *mancipatio* ya se contemplaba en las XII Tablas. Se trataba de un modo ritual y solemne de transmitir la propiedad, aplicable a las cosas *mancipi* y que simbolizaba un pago imaginario. Para ello se requerían cinco testigos que fuesen ciudadanos romanos púberes más un sexto que habría de sostener una balanza de cobre (denominado *librepens*). La persona que adquiría la propiedad aferraba la cosa con la mano pronunciando como ritual: «afirmo que esta cosa es mía y la compro con este cobre y esta balanza de cobre». Acto seguido procedía a golpear la balanza con un trozo de cobre sin acuñar que entregaba al vendedor, simbolizándose así el pago.

tiempo las dos primeras formas señaladas, —absolutamente formales y abstractas e independientes de la causa que daba origen a la transmisión—, fueron cayendo progresivamente en desuso, enarbolándose la tradición como único sistema de transmisión de la propiedad ya en época postclásica o justiniana⁵⁸. Este resultado es consecuencia del desprendimiento paulatino de las formas rituales y solemnes de las que gustaba investirse al Derecho romano primitivo, utilizándose esta suntuosidad como forma de poner en conocimiento de todos los miembros de la comunidad los negocios jurídicos transmisivos celebrados. Inicialmente, la *traditio* se utilizaba para las cosas *nec Mancipi*, aquellas que gozaban de menores garantías y protección, sirviendo para transmitir la posesión pero no la propiedad, la cual era adquirida con el paso del tiempo por usucapión⁵⁹.

Por lo que respecta a bienes muebles, no siempre era preciso que el adquirente tomase control efectivo de la cosa al poder distinguirse entre los siguientes supuestos:

1º) En el caso de que se tratara de entregas de dinero, ésta se llevaba a cabo contando las monedas —lo que se denominaba *numerae* o *pecunia numerata*— o atribuyendo a la cantidad de dinero un concepto diferente al inicial: por ejemplo, a una cantidad que se había entregado en depósito, se la consideraba como prestada a partir de un determinado momento.

2º) *Traditio longa manu*: definición de la situación en la que, por tratarse de cosas con un peso significativo, se procedía a marcar con señales o a colocar alguna cosa al alcance de la mirada del comprador.

⁵⁷ Por su parte, la *in iure cessio* era un modo de transmitir la propiedad aplicable tanto a las cosas *Mancipi* como *nec Mancipi*. Se instituía como un litigio imaginario ante un magistrado, acudiendo al mismo tanto el transmitente como el adquirente. Este último sujetaba con la mano el objeto que iba a adquirir y pronunciaba: «afirmo que esta cosa me pertenece según el Derecho romano». Tras esta alocución, el que transmitía se allanaba y cedía la cosa, adjudicando el magistrado la propiedad de la misma al adquirente que la había reivindicado para sí.

⁵⁸ RODRÍGUEZ OTERO, Lino: ob. cit., pág. 187; LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 37 y BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., pág. 32.

⁵⁹ LIVIAM GRAZIANA ROCCA, Magda M^a: ob. cit., pág. 323, refiere que alrededor del tercer siglo antes de Cristo, en paralelo a la expansión del tráfico comercial y a la necesidad de mantener relaciones comerciales con gentes de otros países, el Derecho romano comenzó a aligerar algunas formas contractuales, creando obligaciones entre las partes cuyo único fundamento fuera el consenso. Entre estos contratos destaca la *emptio venditio* en la que la transmisión material de la propiedad se verificaba más tarde a través de otro acto: generalmente, la *traditio* para las *res nec Mancipi* y la *Mancipatio* para las *res Mancipi*.

3º) *Traditio brevi manu*: entendiéndose así la entrega de las llaves del almacén o bodega donde la mercancía a entregar permanecía custodiada.

Tratándose de bienes inmuebles, la tradición se llevaba a efecto introduciendo solemnemente el vendedor al comprador en el predio que era objeto del contrato, procediendo a recorrerlo ambos, mostrándose al comprador los linderos del mismo y manifestando el vendedor que cedía su posesión y la entregaba al comprador. RODRÍGUEZ OTERO⁶⁰ reseña que desde mediados del siglo III aparece en las Constituciones imperiales el principio de que no era necesaria una declaración expresa de entrega de posesión, siendo suficiente que el comprador tomara posesión por sí mismo del fundo en virtud del negocio jurídico realizado.

IV.3. La evolución de la teoría del título y el modo en el Derecho español

El sistema romano de adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales tuvo su desembarco en la Ley 46 del título XXVIII de la Partida 3ª, relativa al «apoderamiento» cualificado por una «derecha razón»⁶¹ así como en el Título VIII de las Costumbres de Tortosa, texto que exige que la tradición vaya acompañada del justo título.

Resulta de importancia subrayar que en el Proyecto de Código Civil de 1851 se acogió el sistema de transmisión consensual de la propiedad por la influencia existente en ese momento histórico del Código de Napoleón. Concretamente, el art. 981 del Proyecto establecía: *La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en el artículo 1859 y siguientes del título XX de este capítulo*. Y, por su parte, el mentado art. 1859 rezaba así: *Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título*, precepto que, como cabe observar, es el antecedente del actual art. 1473 CC.

⁶⁰ RODRÍGUEZ OTERO, Lino: ob. cit., pág. 190.

⁶¹ El texto original decía así: *Apoderan unos homes a otros en sus cosas, vendiendogelas o donandogelas en dote o en otra manera o cambiandogelas o por alguna otra derecha razón*.

Sin embargo, esta concepción es posteriormente abandonada volviendo a encauzarse el sistema transmisivo hacia la teoría del título y el modo. De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 alude a la importancia de la *traditio* en el sistema español como herencia romana en contraposición al sistema consensualista acogido en Francia, alertando sobre los inconvenientes de este último al dar lugar a un marco jurídico más laxo en cuanto a la protección de los acreedores se refiere y sin la previsión de ningún acto externo que posibilite a terceros adquirentes la certeza del dominio en el *tradens*.

Es realmente elocuente el texto que se extracta a continuación de la citada Exposición de Motivos:

Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición o, lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando uno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella la posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado al antiguo Derecho de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble...Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos, que mereció ser adoptado por el Código francés: el de que la propiedad se transmitiera tanto respecto a los contrayentes como respecto a un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; lo que de lleno cae en su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se avienen bien con la lealtad y el orden de las transacciones; da lugar a que los acreedores sean defraudados y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que ni ha podido tener conocimiento.

Con posterioridad, en el art. 606 del Anteproyecto de CC (1882-1888) se hizo constar que la propiedad se adquiriría *por efecto de los contratos*, observándose ya un acercamiento a la redacción última del art. 609 CC que todavía pervive.

Por último, continuando con la evolución temporal, la Base XX de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888⁶², sienta los cimientos del definitivo art. 609 CC al consignar:

⁶² CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: “Protección registral del tercer adquirente inscrito (art. 34 LH) y criterio de preferencia adquisitiva en los conflictos de adquisiciones inmobiliarias (art. 1473, párr. 2º del C.C.): A propósito de la STS de 5

Los contratos, como fuente de las obligaciones⁶³, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura [...].

IV.4. El Código Civil de 1889

El vigente art. 609 CC⁶⁴ recoge el sentir mayoritario de la doctrina científica en cuanto a que en el mismo se encuentra recogido el sistema de adquisición y transmisión de la propiedad y del resto de derechos reales⁶⁵; concretamente, en lo atinente al presente estudio, hay que atender al párrafo 2º *in fine* del referido precepto: *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*⁶⁶, para apuntalar la vigencia en el ordenamiento jurídico español de la teoría del título y el modo como sistema de transmisión del dominio y del resto de derechos reales.

de marzo de 2007”, en *Lunes cuatro treinta*, nº 450, agosto 2008, págs. 28 y 29, significa que la Base XX de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 es copia, con ciertas variantes, del texto de la Base IX del Proyecto de Ley de Bases de Francisco Silvela de 1885, cuyo texto se decantaba por conservar la tradición legislativa castellana en el sentido de mantener la teoría del título y el modo. La autora, además de sustentar el sistema de transmisión de la propiedad en la Base XX comentada, lo hace también tanto en los arts. 609 y 1095 CC, añadiendo al art. 433 CC por considerarlo como un signo claro de la recepción en Derecho español de la teoría del título y el modo en relación con su predecesor: el art. 428 del Proyecto de 1851, el cual poseía el siguiente tenor literal: *Se reputa poseedor de buena fe al que lo es en virtud de un título traslativo de propiedad cuyos vicios ignora*. Asevera la autora que con el paso a la teoría del título y el modo «se corrige» el precedente de 1851 y a los vicios del título de adquirir se añaden los del modo de adquirir, según se comprueba en la redacción final del art. 433 CC: *Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario*. CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario de la STS de 9 de marzo de 1994”, en *CCJC*, abril-agosto 1994, pág. 943, manifiesta que el retorno a la teoría del título y el modo exigido por la Ley de Bases, después de suprimir el sistema de transmisión consensual importado de Francia, se produjo dentro de un contexto en el que resultaba más relevante atender a las doctrinas generales y a los debates académicos sobre los modelos de transmisión de la propiedad que a las situaciones conflictuales concretas que hubiera que resolver de acuerdo a tales modelos. En idéntico sentido CUENA CASAS, Matilde: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 282.

⁶³ De hecho, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 855, considera que existe un «cierto paralelismo» entre el actual art. 609 CC, el cual contiene una enumeración de las fuentes de las relaciones jurídico-reales y el art. 1089 CC, precepto que contiene las fuentes de las relaciones jurídico-obligacionales.

⁶⁴ El art. 609 CC manifiesta que: *La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada o intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción*.

⁶⁵ Entre otros, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 855; SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 475; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: “La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 349; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo: “La tradición como modo de adquirir la propiedad”, en *Revista de Derecho Privado*, febrero 1967, págs. 103 y ss.; MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los: “Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español”, en *ADC*, 1972, fascículo IV, págs. 1027 y ss.

⁶⁶ CUENA CASAS, Matilde: *Función del poder de disposición...*, ob. cit., págs. 239 y 240, resalta la deficiente técnica jurídica del CC español, tildando de «imprecisa en todos sus extremos» la fórmula contenida en el art. 609 CC de *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*.

Además, con respecto al modo o entrega de la cosa para que se entienda producida la adquisición del dominio es de obligada cita el art. 1095 CC⁶⁷ en el que se dispone que el acreedor no adquirirá derecho real sobre la misma *hasta que le haya sido entregada*. De ahí que doctrinalmente se entienda que la clave de la modificación jurídico-real, es decir, de la tradición, está en la entrega⁶⁸.

No obstante lo anterior, conviene significar que el art. 609 CC ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina por no recoger todos los supuestos de adquisición de la propiedad, olvidándose en este sentido de la accesión⁶⁹.

IV.5. Presupuestos de la teoría del título y el modo

IV.5.1. El título

El título es todo contrato traslativo que opera como antecedente necesario para que se transmita la propiedad o el derecho real de que se trate mediante la posterior entrega o tradición. El contrato traslativo puede constar tanto en documento privado como público; ahora bien, la constancia en escritura pública es requisito *sine qua non* para que la adquisición pueda tener acceso al Registro de la Propiedad y gozar de eficacia *erga omnes*, amén de cuanto se dirá más adelante respecto a la tradición instrumental y la importancia de la misma en relación con el contrato objeto de este trabajo.

No obstante, hay casos en los que, aun existiendo un contrato traslativo previo, no puede considerarse que el mismo transmita automáticamente la propiedad, incluso

⁶⁷ El art. 1095 dispone que: *El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada*. Un mayor análisis de este precepto puede comprobarse en COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: “La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas”, en *ADC*, 1953, fascículo III, págs. 607 a 610.

⁶⁸ JEREZ DELGADO, Carmen: ob. cit., pág. 91.

⁶⁹ CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario de la STS...”, ob. cit., págs. 943 y 944, asevera que el art. 609 CC ha sido objeto constante de crítica por ser vacío, incompleto e inane. También NAVARRO CASTRO, Miguel: *La tradición...*, ob. cit., pág. 31, añadiendo que por algunos autores se han llegado a cuestionar la propia necesidad del art. 609 CC.

cuando haya subseguido a su celebración la entrega de la cosa. El caso paradigmático es la estipulación de una reserva de dominio, conservando el transmitente la propiedad hasta que el adquirente haya satisfecho completamente el precio pactado. La problemática de la misma radica en que se ha entendido que se está en presencia de una modificación convencional efectuada por las partes con el objetivo de diferir el momento transmisivo.

Originalmente, en Derecho romano clásico el título se equiparaba con el requisito de la justa causa en relación con la usucapión. Posteriormente, en el período postclásico es cuando se generaliza el uso de la expresión «título» como «causa de la adquisición» debido a la utilización de esta expresión para referirse a una rúbrica edictal en la época en que el edicto no era una disposición actual, sino un fundamento jurídico, esto es, una causa⁷⁰.

Para GONZÁLEZ MARTÍNEZ⁷¹, en Derecho romano clásico existían dos principios fundamentales que regulaban la adquisición de las cosas por acto jurídico: el primero establecía que el dominio se transfería por la tradición y la usucapión pero no por el nudo pacto; el segundo exigía para transferir el dominio por medio de la tradición, que ésta fuese precedida de una venta o de otra *iusta causa*⁷². Por su parte, LÓPEZ FRÍAS⁷³ determina que tal eficacia traslativa de la entrega estaba supeditada a la concurrencia, en cada caso, de una *iusta causa* que debía preceder y motivar el traspaso posesorio.

La referencia a la *iusta causa* proviene de un texto de PAULO con esta aseveración: *nunquam nuda traditio transferi dominium, sed ita si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio serequetur* [nunca se transfiere el

⁷⁰ Así NAVARRO CASTRO, Miguel: *La tradición...*, ob. cit., págs. 38 y 39, con cita de D'ORS.

⁷¹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: "La teoría del título y del modo", en *RCDI*, nº 2, 1925, págs. 82 a 85.

⁷² RODRÍGUEZ OTERO, Lino: ob. cit., pág. 187, señala que para que opere la *traditio* se requiere: a) un elemento formal: la entrega de la cosa; b) un elemento subjetivo: el *animus transferendi et accipiendi domini* o voluntad concorde de transmitir y adquirir así como un elemento jurídico: la justa causa.

⁷³ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 37.

dominio por la mera entrega de la cosa, sino cuando precede venta o alguna justa causa, a la que siga la entrega]⁷⁴.

Engarzando con lo anterior se observa que, fruto de las diferencias aristotélicas, se efectuaron divisiones de las causas: *causa efficiens proxima* y *causa efficiens remota* así como entre *causa potentiae* (causa de la potencia) y *causa actus* (causa del acto). En este sentido, ya advertía NÚÑEZ LAGOS⁷⁵ que el concepto de causa es el más polémico de todo el Derecho Civil debido a que cada autor «ha proclamado su verdad» pero exclusivamente desde su personal punto de vista, de modo y manera que la teoría de la causa es la historia del manejo de una palabra equívoca.

IV.5.2. El modo o tradición

IV.5.2.1. Concepto

La palabra latina *traditio* quiere decir entrega, acción de entregar, de poner en las manos, relacionada con el verbo latino *tradere*, cuyo significado es el de entregar, transmitir, dejar para la posteridad. Etimológicamente, se trata de una palabra compuesta por el prefijo *trans*, que significa *más allá*, y el sustantivo *datio*, que proviene del verbo *dare*, dar⁷⁶.

⁷⁴ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: “La teoría...”, ob. cit., pág. 85, manifiesta que PAULO, junto a lo que también vienen a enseñar ULPIANO y GAYO en otros textos, tan sólo determina que la tradición, como cualquier otro acto jurídico, necesitaba, además de su forma, una legitimación del consentimiento, un fundamento psicológico de índole subjetiva (causa). También DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 884.

⁷⁵ NÚÑEZ LAGOS, Rafael: “Causa de la *traditio* y causa de la *obligatio*”, en *RCDI*, n° 396-397, mayo-junio 1961, págs. 573 y 574.

⁷⁶ Así lo apunta VARELA GIL, Carlos: “La adquisición de la propiedad: la *traditio* romana como fundamento de los sistemas de adquisición del dominio”, en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Coordinadores: Francisco de Paula Blasco Gascó y otros, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 2706, quien advierte que «ya cuando los juristas romanos trataron de definir esa forma de adquisición del dominio se dieron cuenta de que no bastaba con la simple *datio*, la entrega, sino que hacía falta algo más (una *trans datio*). En virtud de ello, señalaron que la *traditio* no era solamente un traspaso posesorio; era un traspaso posesorio con algo más».

Otra definición sencilla y certera la proporciona DÍEZ-PICAZO⁷⁷ para el que la tradición es «aquel mecanismo jurídico por virtud del cual se produce una transmisión y consiguientemente una adquisición derivativa del dominio», si bien, la *traditio*, como simple entrega de la cosa es un «acto incoloro y ambiguo»⁷⁸ y por sí sola no transmite la propiedad si no va unida al título antecedente que justifica la referida transmisión. Asimismo, es muy relevante la definición que de la entrega hace GARCÍA CANTERO⁷⁹, en sede de compraventa, al sostener que la misma consiste en poner la cosa o derecho vendido en poder del comprador «con ánimo de pago». Es el vendedor el que inicia la fase de consumación del contrato. Aquí la tradición en su doble sentido como entrega y como acto solutorio.

La tradición en Derecho tiene un significado restringido, considerándose como la entrega que es consecuencia de un contrato, al cual da efectividad, de tal modo que, con el concurso de ambos, se transmite la propiedad a favor del adquirente. Sin embargo, esta cuestión, apriorísticamente trivial, ha generado debates doctrinales, conviniendo dejar sentado que no toda entrega transmite en esencia la propiedad, tomando como ejemplos palmarios de ello la cesión de la cosa en arrendamiento, la entrega que se hace en el contrato de depósito, la prenda con desplazamiento posesorio, etc.

Ahora bien, también es cierto que puede transmitirse la propiedad de la cosa sin llevarse a cabo la entrega material del bien en cuestión, cuya virtualidad se consolida creando un «signo exterior de reconocibilidad»⁸⁰. En este caso, lo que realmente se

⁷⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, en *ADC*, julio-septiembre 1966, pág. 555.

⁷⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., págs. 863, 870 y 877. También DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 73 y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *La causa...*, ob. cit., pág. 16.

⁷⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, Revista de Derecho Privado, Tomo XIX, Edersa, Madrid, 1980, pág. 182.

⁸⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “La tradición y los acuerdos traslativos...”, ob. cit., pág. 558. El mismo autor en *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 871 reconoce que hay dos conceptos distintos de tradición: uno estricto y otro amplio. En el primero, la tradición es el comportamiento traslativo; en el segundo, es todo acto que se haga equivaler a los anteriores, esto es, los puramente simbolizados o incluso los ficticios. PAU PEDRÓN, Antonio: “Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales”, en *RCDI*, nº 625, noviembre-diciembre 1994, pág. 2192, refuerza esta idea. Según el citado jurista, a través del título se constituye el derecho obligacional que vincula a las partes contratantes y mediante el modo se constituye el derecho real que afecta a la generalidad de las personas. Sin embargo, —asevera—, si el modo permanece únicamente en la esfera de las partes carece en absoluto de sentido que valga para constituir el derecho real.

entiende como primordial es que los terceros ajenos al negocio jurídico puedan reconocer al verdadero dueño de la cosa por estar en posesión de la misma.

IV.5.2.2. Espiritualización de la tradición

Es rigurosamente cierto que el traspaso posesorio requería desde su origen en Derecho romano de la entrega física o material de la cosa⁸¹; ahora bien, con ser esto así, se evidencia igualmente desde los propios orígenes de la *traditio* que poco a poco el cambio de posesión se efectuaba mediante una declaración de voluntad, consolidándose la espiritualización progresiva de la tradición y poniéndose el acento de la misma sobre la adquisición del dominio y no sobre la posesión exclusivamente⁸². El por qué de este proceso de espiritualización se encuentra en la necesidad de facilitar las transacciones comerciales, articulando los juristas romanos formas de sustituir la entrega física de la cosa con idénticos efectos traslativos. Sostiene BERCOVITZ ÁLVAREZ⁸³ que la rápida espiritualización del elemento de la entrega hace prueba de la «escasa significación» que se otorgaba a esta última, sobre todo en lo que se refiere a sus implicaciones de apariencia.

Como señala GÓNZALEZ MARTÍNEZ⁸⁴ en época justiniana se transforma la tradición de la cosa por la tradición instrumental.

Hay autores⁸⁵ que hablan incluso de «espiritualización de la posesión» para referirse a aquellos supuestos en los que puede constatarse el distanciamiento entre el

⁸¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., pág. 60.

⁸² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1989, págs. 29 y 30; LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Inscripción y tradición”, en *RCDI*, n° 344-345, enero-febrero 1957, págs. 11 y 12. Para este jurista la tradición no es un fenómeno de transmisión de derechos sino un cambio posesorio que puede fraguar en un cambio real. Considera que una vez que la tradición perdió su verdadera esencia no es de extrañar que la escuela racionalista del Derecho natural considerara inútil la *traditio ficta*, como una reduplicación de voluntades, motivo por el cual los codificadores franceses concentraron la fuerza transmisiva en el título. En idéntico sentido GÓMEZ GÓMEZ, Manuel: “Inscripción y tradición”, en *RCDI*, n° 358-359, marzo-abril 1958, págs. 237 y 241, calificando el fenómeno de «desmaterialización de la posesión».

⁸³ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., pág. 63.

⁸⁴ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: “La tradición de fincas en el instrumento público”, en *RCDI*, n° 189, febrero 1944, pág. 83.

poseedor y la cosa, como sucede en la posesión mediata en la que se aprecia una ficción de posesión. Por consiguiente, la cuestión fundamental que surge es: ¿cuál es el límite que puede alcanzar la espiritualización de la tradición?⁸⁶.

Expuesto cuanto antecede, como corolario de este apartado y en conexión con el contrato de cambio de solar por obra futura, se verificará más adelante si la espiritualización de la tradición, aceptada pacíficamente tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, es compatible con la inexistencia intrínseca de los pisos o locales futuros que conforman la contraprestación del cedente en el momento de firma del contrato. En efecto, para que la edificación futura pueda ser objeto de una forma espiritualizada de tradición será indispensable dotarla de cierta «existencia», conviniendo parte de la doctrina científica en atribuir a la obra «existencia jurídica» en los términos que se analizarán y que supone una contundente alternativa a la clásica concepción de la permuta con efectos jurídicos-obligacionales⁸⁷.

IV.5.2.3. La tradición instrumental

IV.5.2.3.1. Definición

Ficción jurídica consistente en atribuir al otorgamiento de la escritura pública idéntica eficacia transmisiva que a la entrega material de la cosa objeto del contrato. En otras palabras, la propia escritura es la tradición⁸⁸, de tal forma que, el otorgamiento del

⁸⁵ NAVARRO CASTRO, Miguel: *La tradición...*, ob. cit., pág. 65 y BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., pág. 25.

⁸⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., pág. 70 y ss.

⁸⁷ Expone la tesis de la «existencia jurídica» aunque no la comparte MARTÍNEZ GÁMEZ, José Pablo: “Cesión de solar por edificación futura. La “traditio” del solar y de los pisos y locales por construir”, artículo publicado en www.sepin.es/servicios_n/, referencia SP/DOCT/17055, artículo monográfico marzo 2013, fecha de última consulta: 9 de mayo de 2014.

⁸⁸ GÓMEZ GÓMEZ, Manuel: ob. cit., pág. 242, afirma que el otorgamiento de la escritura es tradición *per se*. En idéntico sentido las SSTs (Sala 1ª) de 1 de julio de 1995 (RJ 1995, 5421); 31 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3866); 29 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4327) y 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065). Esta última resolución del Alto Tribunal es mencionada en más de una ocasión en el presente estudio. Específicamente, en lo que a este apartado se refiere, se reflejan a continuación los hechos que dan lugar a la misma y aquello que tienen conexión con el mismo. Así las cosas, la entidad Anambra del Valle, S.L. vendió el 28 de abril de 1989 a la entidad Coinvel, S.A. una finca segregada de otra conocida como “La Paz”. El precio de la compra se cifró en cincuenta millones de pesetas, recogándose en la escritura pública que la vendedora había recibido previamente veintiséis millones, quedando aplazado el pago de los otros veinticuatro millones, el cual se haría con la entrega, antes del 31 de diciembre de 1991, de mil metros cuadrados del local comercial a construir sobre la finca que se adquiere. Posteriormente la entidad vendedora conoce del embargo de la finca por el Banco Santander instado mediante juicio ejecutivo contra la compradora, interponiendo el consiguiente

instrumento público implica la adquisición automática de la propiedad⁸⁹; en concreto, el art. 1462.2 CC establece la «equivalencia» entre la escritura pública y la entrega de la cosa, sin que los contratantes precisen de declaración expresa en la escritura en el sentido de conceder fuerza transmisiva a la misma. Antes al contrario, serán las partes las que de manera concluyente hayan de excluir el efecto transmisivo en el instrumento público, según dispone el art. 1462.2 CC *in fine*: *si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*.

GARCÍA CANTERO⁹⁰ observa en la tradición instrumental la espiritualización de las formas de entrega que se han plasmado en el articulado del CC como consecuencia de una larga evolución histórica y por imperativos socio-económicos, motivando un acercamiento práctico entre los sistemas consensualistas y los sistemas de título y modo.

procedimiento de tercería de dominio. La mercantil Anambra del Valle, S.L. se ampara en que la finca es de su propiedad al haber transcurrido el plazo pactado sin que se hubiera procedido por Coinvel, S.A. a la entrega de los mil metros cuadrados de local comercial. En este sentido, la demanda de tercería pretende, en primer lugar, que se declare que la finca es propiedad de la entidad vendedora al resolverse el contrato de compraventa o, subsidiariamente, que se declare que el local comercial en construcción es de su propiedad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión subsidiaria de la demanda y, por su parte, la AP revocó la apuntada resolución, argumentando que no puede considerarse adquirido el local comercial por la vendedora al no concurrir la teoría del título y el modo sin que conste que el *tradens* haya recibido la cosa a cuya entrega se comprometió la entidad compradora. De esta forma, como el bien nunca fue entregado, nunca se pudo adquirir la propiedad. En su recurso de casación, la parte vendedora defiende la infracción de la sentencia de apelación de los arts. 609 y 1095 CC ya que, efectivamente, no existe *traditio* en el sentido de poder y posesión pero sí por aplicación del art. 1462.2 CC con respecto a la obra en construcción. El Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia establece lo siguiente: *Para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien admite ésta en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del art. 1462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujera claramente lo contrario. En el caso de autos, de la escritura pública otorgada el 28 de abril de 1989 no se deduce lo contrario respecto de la compradora, acreedora de la cosa objeto del contrato de compraventa, negocio jurídico de disposición que además fue inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que refuerza la concurrencia de la «traditio» en su proyección de «ficta», según declara la Sentencia de esta Sala de 18 mayo 1994 (RJ 1994\4094) y las que en ella se citan. En cambio, de esa misma escritura no es posible inferir que su otorgamiento equivalga al cumplimiento del requisito de la tradición o modo de adquirir respecto a la cosa que se obligó a entregar la compradora como parte del precio consistente en mil metros cuadrados de local comercial que debían ser construidos por dicha compradora. En primer lugar, porque de la propia escritura se deduce, como pone de manifiesto la sentencia impugnada, que la entrega del local comercial debería realizarse en tiempo aplazado, y en segundo lugar, porque en realidad tratábase de la entrega de una cosa futura, inexistente en el momento de perfeccionarse el contrato, de tal manera que el pacto, al versar sobre una cosa «speratae», aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra, como dice la Sentencia de esta Sala de 15 junio 1992 (RJ 1992\5134), que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o «traditio».*

Para que la «traditio» instrumental opere es necesario, según doctrina de esta Sala recogida, entre otras, en Sentencias de 30 junio 1989 (RJ 1989\4800) y 31 mayo 1996 (RJ 1996\3866), que se den los supuestos siguientes: a) que la compraventa se hubiera celebrado por medio de escritura pública con todos los requisitos formales para su validez; b) que de dicha escritura no resultare o se deduzca claramente lo contrario, es decir, que no concurra discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica, y c) que el vendedor esté en posesión del bien enajenado tanto en forma mediata como inmediata, exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su condición de «tradens».

⁸⁹ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a Goñi: “La tradición instrumental como peculiar forma de tradición”, en *RCDI*, n^o 706, marzo-abril 2008, pág. 927, viene a sostener que lo que se transmite es la propiedad directamente a través de la escritura; es un «modo», un modo distinto de la propia entrega posesoria (tradición real).

⁹⁰ GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Comentarios...*, ob. cit., págs. 184 y 185.

IV.5.2.3.2. Origen

El antecedente del actual art. 1462 CC se encuentra en el art. 1385 del Proyecto de CC de 1851 cuyo tenor literal era el siguiente:

Cuando por disposición de la ley, o por voluntad de las partes, se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare ó se dedugere claramente lo contrario.

Como recuerda atinadamente BERCOVITZ ÁLVAREZ⁹¹, existen obstáculos para alcanzar una diáfana interpretación del indicado precepto debido a que el sistema previsto en el Proyecto de 1851 era el de transmisión consensual inspirado en el *Code* francés aunque parece imperar la idea de que realmente el art. 1385 del Proyecto se refería a la transmisión de la posesión y no a la transmisión del dominio ya efectuada con carácter previo al perfeccionarse el contrato.

Idénticas aseveraciones efectúa MORALES MORENO⁹², quien se cuestionó cuáles fueron los motivos para que el precepto transcrito alcanzara esa redacción, encontrando la respuesta en el hecho de que fue incorporada a los textos a través de una cláusula de estilo, de una cláusula de «constituto abstracto», cuyo uso frecuente hizo innecesaria su especial mención. Como refiere el citado autor: «esto significó un desplazamiento del momento traditorio, que si antes se situaba en la entrega del documento, ahora coincide con el otorgamiento del mismo». De hecho, insiste en destacar que el Proyecto de 1851 está inspirado en el sistema francés de transmisión de la propiedad, provocando el propio contrato —el autor habla en el marco del contrato de compraventa— la transmisión del derecho real en cuestión. Ahora bien, —continúa— la compraventa conlleva al mismo tiempo la obligación de entrega de la cosa, refiriéndose entonces a la transmisión de la posesión con objeto de potenciar el efectivo disfrute del adquirente sin que en la entrega por escritura pública tuviera nada que ver con la transmisión del

⁹¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., pág. 111.

⁹² MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Posesión y Usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código Civil español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1972, págs. 260 y 261.

referido derecho sino única y exclusivamente a transmitir la posesión: la escritura equivale a la entrega de la cosa.

IV.5.2.3.3. Regulación legal

La tradición instrumental aparece expresamente contemplada en el art. 1462.2 CC⁹³, en sede de compraventa⁹⁴, precepto que constata que esta clase de tradición no es posesoria pues el vendedor puede que no se halle en poder de la cosa en el instante del otorgamiento de la escritura pública.

BERCOVITZ ÁLVAREZ Y PEÑA LÓPEZ⁹⁵ conectan al término «entrega» tres significados. De este modo, contemplan que, en el CC español, pese a su ubicación en sede de compraventa, la entrega, entendida como tradición o incluso entendida como entrega material, no tiene por qué suponer cumplimiento total de las obligaciones del vendedor. No cabe identificar tradición y «solutio» o cumplimiento. El problema — refieren— es que bajo esa única palabra se engloban tres conceptos o cuestiones distintas: a) la obligación de dar (transmitir el derecho real: «dare»); b) la obligación de hacer entrega material («facere») y c) el efectivo cumplimiento de la obligación del vendedor. No tienen por qué coincidir. «Dare» y «facere» son obligaciones distintas: dar jurídico y dar físico. Si el vendedor se compromete a transmitir la propiedad de la cosa vendida («dare») pero lo hace sin entregarla materialmente (tradición instrumental) sigue obligado a esa entrega material («facere»). No puede retener la cosa alegando que ya escrituró y ha transmitido la propiedad de la cosa.

⁹³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, 6ª edición, La Ley, Madrid, 2008, págs. 1520 y 1521, al comentar el citado precepto, dispone que, a partir del segundo párrafo del mismo, así como en los arts. siguientes, se recogen diferentes supuestos de *traditio ficta*, en las que no existe traspaso real y efectivo de la cosa, o de su poder y posesión, sino un signo que la representa, como ficción de entrega, produciendo el mismo efecto que ésta. Deja sentado que de este modo queda representado el proceso de espiritualización que han tenido tantas instituciones jurídicas y sin duda, en materia de bienes inmuebles, puede afirmarse que la de mayor importancia económica es siempre la fingida. Así, el primero de tales supuestos es la «tradición instrumental», entendiéndose como ficticio el otorgamiento de la escritura pública.

⁹⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán y Fernando PEÑA LÓPEZ: *Comentarios al Código Civil*, Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 1713. Estos autores apuntan que, a pesar de su ubicación en el CC, regulando la entrega de la compraventa, los arts. 1462 a 1464 del indicado texto legal regulan también las formas de tradición admitidas así como que, estas formas, añadidas al título, sirven para adquirir la propiedad u otros derechos reales, conforme al art. 609 CC.

⁹⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán y Fernando PEÑA LÓPEZ: ob. cit., pág. 1714.

El precepto es criticable por la inducción a la confusión de estos tres conceptos aunque en la práctica se producen de forma simultánea. La jurisprudencia, aun de forma confusa, reconoce la existencia de dos tipos de entrega: una jurídica y otra material (que no han de coincidir en el tiempo): por ejemplo, cuando se calcula el plazo de caducidad de las acciones por vicios ocultos no se calcula sino desde el momento de la entrega material (no la entrega como tradición o modo).

El matiz más importante de la propia tradición instrumental se contiene en el propio art. 1462.2 *in fine*, al sostener dicho precepto que con la escritura pública existirá transmisión de la propiedad *si de la misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario*. Consecuentemente, por infinitos motivos que afectan a la relación interpartes cabe la posibilidad legalmente contemplada de que los contratantes no quieran que opere la transmisión de la propiedad al concreto momento de otorgar la escritura. La situación descrita no debe confundirse con aquella en la que se transmite el dominio al otorgarse el instrumento público pero la cosa no se entrega al *accipiens* bien porque en ese momento no está en posesión del *tradens*, bien porque éste se reserva la posesión del mismo.

En el supuesto de que el vendedor no se encontrara en posesión de la cosa al momento del otorgamiento hay que decir que ha existido un acendrado debate jurídico acerca de si la escritura equivale a la transmisión de la propiedad o no, al que se hace alusión en el siguiente apartado.

IV.5.2.3.4. Tradición instrumental efectuada por un no poseedor

IV.5.2.3.4.1. Consideraciones previas

El art. 1271 CC admite la celebración de contratos con objeto futuro. No obstante, por razones de sistemática de la presente tesis, se profundizará sobre este particular en el capítulo XV al analizar la posibilidad de que un derecho real pueda recaer sobre una cosa futura. No obstante, sí cabe anticipar que el problema angular de

este tipo de negocios jurídicos en conexión con el propósito de esta investigación estriba en determinar el concreto momento en que ha de entenderse transmitida la propiedad de la cosa futura al cedente. La transmisión de la propiedad en el contrato de aportación de solar por obra futura se encuentra con el obstáculo de la falta de realidad física de la edificación a ejecutar y entregar por el cesionario, exigiendo el esfuerzo correspondiente el intentar acreditar si es posible dotar de cierto grado de existencia a las piezas que constituyen la contraprestación a favor del cedente. Esta circunstancia conlleva, además, situarse en un punto anterior a esa prueba de la materialidad del objeto futuro para solventar el debate ampliamente tratado por la doctrina científica acerca de la posibilidad o no de que la *traditio* se lleve a cabo por un no poseedor al cual se hará mención a continuación.

La posición más acorde a la realidad sensorial se asienta sobre la base de que no puede adquirirse un bien que no existe materialmente. Sin embargo, como acertadamente señala PLANA ARNALDOS⁹⁶, la posibilidad de la entrega de un objeto futuro se enfrenta a una polémica subyacente: la viabilidad de que se lleve a cabo tal entrega por un no poseedor. Este extremo es cuestionado por el hecho de que estando pendiente el cesionario-constructor de ejecutar la obra convenida, *a priori*, resultaría objetivamente imposible haber dado cumplimiento íntegro y simultáneo a la firma del contrato a las obligaciones que compelen a ambas partes; especialmente a la contraprestación a cargo del cesionario pues engloba tener que dar cumplimiento a una obligación de hacer y a otra de dar, obligaciones que, por su propia naturaleza, necesitan de un paréntesis de tiempo de meses o años para concretar la adquisición en la persona del cedente.

No obstante, la perspectiva de la doctrina científica se ha ampliado al admitir el ordenamiento jurídico español formas espiritualizadas de *traditio* que no precisan de entrega real o física del objeto del contrato. Esto remite directamente al art. 1462.2 CC, referido a la tradición instrumental —dentro del concreto marco del contrato de compraventa— y a la equivalencia que concede este precepto al otorgamiento de la

⁹⁶ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 122.

escritura pública y la entrega transmisiva, excepto que de la misma resulte o se deduzca claramente lo contrario.

El TS⁹⁷ sostiene que para que opere la tradición instrumental deben concurrir tres requisitos: 1º) que el contrato se hubiera celebrado en escritura pública con todos los requisitos formales para la validez de la misma; 2º) que del instrumento público no resulte o se deduzca claramente lo contrario y 3º) que el *tradens* esté en posesión del bien tanto en forma mediata como inmediata, exigiéndose prueba plena de este requisito.

IV.5.2.3.4.2. Posición contraria a admitir la transmisión de la propiedad por propietario no poseedor

El sector doctrinal contrario a la posibilidad de que la transmisión de la propiedad pueda llevarse a cabo por un no poseedor anuda a la entrega de la cosa objeto del contrato la transmisión de la posesión⁹⁸. En este sentido, sus partidarios defienden la imposibilidad de que se produzca la adquisición del dominio atendiendo a la inexistencia física de la cosa. Esta tesis se sustenta en la consideración de que la escritura pública únicamente es una presunción *iuris tantum* de entrega del objeto de la compraventa o del negocio jurídico transmisivo de que se trate.

Esta línea es la mantenida por GARCÍA HERGUEDAS Y GARCÍA ARANDA⁹⁹, sosteniendo que en todo sistema de adquisición de la propiedad, la relación traslativa real exige, para que se produzca la transmisión, que la propiedad que se transfiere esté en el patrimonio del *tradens*. Así —argumentan—, el sistema que se articula en virtud

⁹⁷ Así consta, entre otras muchas, en las SSTS (Sala 1ª) de 30 de junio de 1989 (RJ 1989, 4800); 31 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3866) y 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065).

⁹⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., págs. 120 y 121, simplifica el fundamento utilizado por este sector doctrinal aludiendo a que los autores favorables a la misma atienden únicamente a la ecuación que identifica que la transmisión del dominio es igual a título más entrega de la posesión.

⁹⁹ GARCÍA HERGUEDAS, Mª Purificación y Calixto GARCÍA ARANDA: “El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho. Estudio sobre un concepto unitario del tercero hipotecario (Continuación)”, en *RCDI*, nº 529, noviembre-diciembre 1978, pág. 1114. Véase igualmente PARDO NÚÑEZ, Celestino: “La transmisión de la propiedad por el propietario no poseedor. Defensa del artículo 36 de la Ley Hipotecaria”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación*, 1996, nº 5, págs. 1400 a 1403.

del art. 609 CC exige, además, que el transmitente tenga la posesión de la cosa, consideración lógica al configurarse parte de la relación traslativa real en el traslado de la posesión —tradición—.

Del mismo parecer es RODRÍGUEZ GUTIÁN¹⁰⁰ bajo el argumento de que dejar plasmado en la escritura pública de permuta la mención del carácter futuro de los inmuebles que constituyen la contraprestación del cesionario implica reconocer la imposibilidad de que se produzca la transmisión en ese concreto momento. La autora apuntala su postura en el hecho de que los ordenamientos jurídicos con transmisión consensual del dominio como Francia e Italia precisan también de la terminación del edificio para entender transmitida la propiedad de los departamentos futuros, señalando positivamente al art. 1472 del CC italiano y del art. 1601-1 del *Code* francés relativo a la «venta a término».

El TS se ha mostrado contrario a la transmisión por el *tradens* no poseedor en la STS (Sala 1ª) de 9 de octubre de 1997¹⁰¹. El Alto Tribunal desestimó la tercería al entender que en las entregas de cosa futura, el objeto es inexistente y aunque se trate de cosa *speratae* y esté perfectamente determinada, sólo conlleva la existencia de efectos obligacionales entre las partes. Como se constata en su Fundamento de Derecho Cuarto no puede operar la tradición instrumental por no poseer el *tradens* en concepto de dueño aun de forma mediata:

[...]plantease también cuándo han de entenderse transmitidos los pisos o locales a construir, toda vez que se origina un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra de cosa futura, la obra a realizar, de tal manera que al perfeccionarse el contrato el propietario de la parcela la tiene a su disposición como dueño y el otorgamiento de la escritura equivale a la «traditio» o entrega, efecto este que no se produce en relación a la prestación a realizar por el otro contratante por tratarse de la entrega de una cosa futura que habrá de construirse sobre dicha parcela, de modo que el otorgamiento de la escritura no implica la «traditio ficta» del párrafo 2.º del art. 1462, dado que el supuesto tradente carece de la posesión a título de dueño de la cosa, sea en su modalidad de posesión inmediata o mediata, al carecer de existencia la cosa, aunque sea posible. De donde resulta que requisito necesario para adquirir el dominio mediante la «traditio», concurriendo el título, es la existencia y posesión a título de dueño de la cosa que el obligado deberá entregar cuando se materialice en la realidad mediante la correspondiente edificación.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma Mª: “Conflicto entre el permutante...”, ob. cit., pág. 10

¹⁰¹ RJ 1997, 7065.

En conclusión, para el sector doctrinal que propugna este criterio, la escritura pública en la que se formaliza el contrato de aportación de solar por obra futura carece de eficacia jurídico-real al estar privado el *tradens* de la posesión, ni siquiera la posesión mediata, sobre el futuro departamento.

IV.5.2.3.4.3. Posición favorable a admitir la transmisión de la propiedad por propietario no poseedor

Mayoritariamente, la doctrina científica y la jurisprudencia se decantan por entender que la escritura pública produce el traspaso dominical toda vez que resulta indubitado que han concurrido el título y el modo aunque el *tradens* no tenga la posesión material o de hecho del objeto transmitido.

La doctrina jurisprudencial del TS deja constancia de ello en la STS (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 2000¹⁰², cuyo Fundamento Jurídico Segundo sostiene:

Dice la sentencia de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4327) que «es criterio aceptado por la moderna doctrina y la más reciente jurisprudencia (sentencias de 8 de mayo de 1982 [RJ 1982, 2559], 8 de julio de 1983 [RJ 1983, 4122], 17 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6286] y 7 de febrero de 1985 [RJ 1985, 538]) el de que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida, por entender que, en tales casos, el efecto traslativo sólo puede quedar desvirtuado por lo que resulte o se deduzca de la misma escritura, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1462.2 del Código Civil»; en igual sentido dice la sentencia de 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065) que «para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien admite éstas en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del art. 1462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato.

BERCOVITZ ÁLVAREZ¹⁰³ se manifiesta partidario de admitir la transmisión efectuada por un no poseedor concluyendo que la tradición no es únicamente una cesión

¹⁰² RJ 2000, 10136. El mismo criterio puede observarse en las SSTS (Sala 1ª) de 8 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2559), 8 de julio de 1983 (RJ 1983, 4122), 17 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6286), 7 de febrero de 1985 (RJ 1985, 538), 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10283) y 18 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4094).

¹⁰³ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., págs. 131 a 166, 181 y 182. Para defender su posición, este autor enumera lo que denomina los «escollos» de la misma aportando los contraargumentos que advierte para así refrendar su criterio. En primer lugar, señala que en contra de la tesis favorable a la transmisión por un no poseedor está la redacción prácticamente idéntica del art.

de derechos sino modo transmisivo de la propiedad. Por consiguiente, aun aceptando que la interpretación originaria y gramatical de la tradición es la entrega de la posesión, se debe admitir un segundo concepto: la tradición jurídica como modo, como acto jurídico que la ley anuda al título para transmitir el dominio, incluso sin que exista entrega de la posesión. Ahora bien, este jurista deja claro que el tomar partido por esta opción no significa adoptar el sistema de transmisión consensual porque entiende que siempre habrá «algo más» que mero acuerdo obligacional.

DÍEZ-PICAZO¹⁰⁴ considera más realista hablar de «acuerdos traslativos» en los supuestos de tradición ficticia, existiendo en el ordenamiento jurídico español una serie de casos que se aproximan al sistema francés. Así, el art. 1463 CC es un claro ejemplo de recepción del sistema de transmisión consensual. También puede hablarse del art. 1462.2 CC al no operar una verdadera mutación posesoria, si bien en este caso la separación de la genuina transmisión mero consenso proviene no de ser un *nudus consensus* sino de la formalización de la escritura pública, de un acto solemne en que este consentimiento cristaliza. Por último nos encontramos con los casos de la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*.

Como acertadamente constatan BERCOVITZ ÁLVAREZ y PEÑA LÓPEZ¹⁰⁵ tampoco puede interpretarse que siempre que haya tradición ésta necesariamente es instrumental. Puede que el modo se haya cumplido previamente con la tradición material. En este caso, la escritura simplemente viene a reforzar la prueba y permite que se pueda practicar la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Y ello pese a que en la propia escritura se diga que se hace entrega en ese momento.

1462.2 CC a la de la norma del Proyecto de 1851 cuando realmente este precepto no tenía entonces la intención de facilitar la tradición instrumental. Sin embargo, lo ataca en el sentido de que, ciertamente, ni la norma de 1851 ni la actual, demuestran que el vendedor ha cumplido su obligación como presunción *iuris et de iure*. A su vez, la norma de 1851 tiene más sentido en lo relativo exclusivamente a la transmisión de la posesión puesto que el sistema previsto era de adquisición mero consenso. Así, manifiesta: «trasladar automáticamente las mismas conclusiones a un Código que impone el sistema antagónico, de título y modo, parece algo discutible». Todo ello, además, aderezado con la irreflexión manifiesta del legislador de 1889 al copiar casi de forma idéntica los preceptos, desnaturalizando la interpretación literal de ambos arts. Lo mismo puede decirse con la mención «entrega» del art. 1095 CC, generando idéntica crítica al legislador por su nulo rigor técnico en la utilización de determinadas palabras. En este sentido —apostilla— «el CC utiliza el término «entrega» como un macroconcepto que incluye la cesión de la posesión, la transmisión de la propiedad e incluso el pago liberatorio o *solutio* de la obligación global del vendedor».

¹⁰⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., págs. 872 a 874.

¹⁰⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán y Fernando PEÑA LÓPEZ: ob. cit., pág. 1716.

Los referidos autores afirman que la tradición instrumental de la propiedad no exige la posesión del vendedor. Lo que sucederá es que el vendedor transmitirá con ella lo que tiene: si tiene la propiedad y la posesión transmitirá ambas. Si sólo tiene la propiedad, la transmitirá en sus mismas condiciones operando el aforismo *nemo dat quod non habet*¹⁰⁶.

También RUBIO GARRIDO¹⁰⁷ afirma que para hablar de entrega en el ordenamiento jurídico español no es necesario que el cambio posesorio lo sea también en el *corpus*.

Entre los autores partidarios de esta tesis destacan GARCÍA CANTERO¹⁰⁸, RODRÍGUEZ DE ALMEIDA¹⁰⁹ y NAVARRO CASTRO¹¹⁰.

¹⁰⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán y Fernando PEÑA LÓPEZ: ob. cit., pág. 1716, dejan constancia de que la jurisprudencia del Alto Tribunal es contradictoria sobre este último punto. Vienen a diferenciar las corrientes siguientes: por un lado, las sentencias más antiguas declaran que no hay tradición instrumental sin posesión del vendedor y que la escritura pública no es sino presunción *iuris tantum* de esa entrega. Por otro lado, es patente una línea intermedia, que restringe la posibilidad de prueba de esa falta de entrega posesoria —no aceptando pruebas extrínsecas a la escritura o no aceptando cualquier otro medio de prueba para desvirtuar la presunción—. Por último, ponen de manifiesto la tendencia que actualmente cobra fuerza la cual declara que hay tradición instrumental sin posesión del vendedor —ni siquiera como derecho—.

¹⁰⁷ RUBIO GARRIDO, Tomás: *Contrato de compraventa...*, ob. cit., pág. 158.

¹⁰⁸ GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 190.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a Goñi: “La tradición instrumental...”, ob. cit., págs. 928 y 929.

¹¹⁰ NAVARRO CASTRO, Miguel: *La tradición...*, ob. cit., págs. 162 y 163.

CAPÍTULO III:

MODALIDADES MÁS UTILIZADAS EN LA *PRAXIS* PARA SUSCRIBIR NEGOCIOS JURÍDICOS DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

SUMARIO

- I. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA**
- II. CONTRATO ATÍPICO**
- III. TIPOLOGÍA JURÍDICO OBLIGACIONAL**
 - III.1. La permuta.- III.1.1. Concepto. Revitalización del contrato de permuta.- III.1.2. Regulación positiva.- III.1.3. La permuta y el contrato de permuta de solar por obra futura.- III.2. El arrendamiento de obra.- III.2.1. Concepto.- III.2.2. Regulación positiva.- III.2.3. El arrendamiento de obra y el contrato de permuta de solar por obra futura.- III.3. Comunidad para edificar.- III.3.1. Concepto y objetivo.- III.3.2. Tipología de pactos sobre la edificación futura.- III.4. Sociedad civil.- III.4.1. Consideraciones generales sobre la sociedad civil.- III.4.2. La sociedad civil y el contrato de permuta de solar por obra futura.- III.5. El contrato de cuentas en participación.- III.5.1. Concepto.- III.5.2. El contrato de cuentas en participación y el contrato de permuta de solar por obra futura.- III.6. Concesión al constructor de poder irrevocable.- III.6.1. Notas generales sobre esta modalidad**
- IV. TIPOLOGÍA JURÍDICO-REAL.- IV.1. El derecho de superficie.- IV.1.1. Concepto y delimitación.- IV.1.2. Regulación normativa.- IV.1.3. Características del derecho de superficie.- IV.1.4. El derecho de superficie y el contrato de permuta de solar por obra futura.- IV.2. El derecho de sobreedificación y subedificación.- IV.2.1. Concepto y delimitación.- IV.2.2. Regulación normativa.- IV.2.3. Características del derecho de sobreedificación y subedificación.- IV.2.4. Constitución del derecho de sobreedificación y subedificación.- IV.2.5. El derecho de sobreedificación y subedificación y el contrato de permuta de solar por obra futura.- IV.2.5.1. Modalidades del derecho de sobreedificación y subedificación en relación con el contrato de permuta de solar por obra futura.- IV.2.5.1.1. Cesión al constructor del derecho de sobreedificación y subedificación a cambio de obra futura.- IV.2.5.1.2. Reserva por el propietario del solar del derecho de sobreedificación o subedificación**
- V. LA LEY 23/2001, DE 31 DE DICIEMBRE, DEL PARLAMENTO AUTÓNOMICO DE CATALUÑA, DE CESIÓN DE FINCA O DE EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN FUTURA.- V.1. Introducción.- V.2. Concepto.- V.3. Finalidad del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura.- V.4. Modalidades del contrato respecto a la adquisición de la propiedad de la construcción futura.- V.4.1. Transmisión total de la finca o de la edificabilidad.- V.4.2. Transmisión de una cuota de la finca o de la edificabilidad**

I. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

Las exigencias del tráfico jurídico-mercantil conducen a las partes de un contrato a plasmar sus necesidades económicas en el texto del mismo, extremo que puede suponer la aparición espontánea¹¹¹ de un nuevo modelo de contrato que sirva de molde a las pretensiones de ambos contratantes; pura constatación de que el Derecho es algo vivo pero también del conocido aforismo de que «el Derecho está hecho para la vida y no la vida para el Derecho»¹¹², al adecuarse y modelarse la norma a las nuevas realidades y necesidades sociales en constante cambio y evolución¹¹³. En el contrato de

¹¹¹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar ...*, ob. cit., págs. 34 y 35, se refiere a la espontaneidad con respecto al nacimiento de los contratos atípicos como solución a las necesidades prácticas que no encuentran respuesta en el Derecho. Así, manifiesta que: «la realidad va por delante del Derecho y existe una admisión social de determinadas conductas y negocios que luego, en un paso posterior, se refleja a nivel positivo». SILLERO CROVETTO, Blanca y M^a José GARCÍA ALGUACIL: “El contrato de cesión de solar a cambio de obra a construir y el principio iura novit curia”, en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Vol. I, Universidad de Valencia, 1996, págs. 344 y 345, en relación a los contratos atípicos en general, señalan que éstos derivan de las cambiantes necesidades económicas toda vez que dichas necesidades evolucionan más rápidamente que los preceptos contenidos en las leyes. De ahí que, a través de la autonomía de la voluntad, en su vertiente de libertad contractual, se intente dar respuesta a las necesidades sociales y económicas de los individuos. También ALONSO CASADO, José: “Permuta (solar por piso futuro)” en *Trabajos y Notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad de España (Años 1986-2001)*, Tomo II, recopilados y ordenados por Francisco Corral Dueñas, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2002, pág. 1819, se hace eco de las «necesidades nuevas» a las que el Derecho positivo se tiene que enfrentar por surgir en la vida jurídica otras realidades tales como el cambio de suelo por pisos futuros, el arrendamiento financiero o la multipropiedad. De manera jocosa pero certera, este autor se refiere a la «sala de momias» en la que se ha convertido el Código Civil a la hora de acudir al mismo en busca de analogía con alguna de las nuevas modalidades contractuales. Por su parte, LAMBEA RUEDA, Ana: “Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles”, en *RCDI*, n^o 728, noviembre 2011, págs. 3105 y ss. propugna una vuelta atrás acudiendo a recursos legales ya existentes para hacer frente a las nuevas situaciones en el ámbito inmobiliario, observándose en la práctica la utilidad al respecto de los derechos reales de goce limitados en cosa ajena: usufructo, uso y habitación, concluyéndose negocios denominados de «cesión de inmuebles».

¹¹² MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, pág. 13. MARÍN PÉREZ, Pascual: “El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título y el modo”, en *RCDI*, n^o 246, noviembre 1948, págs. 666, 667, 676 y 677, tratando la reforma de la LH de 1946 y la evolución de la *traditio*, sostiene que la finalidad de cualquier reforma de orden jurídico consiste en «poner en consonancia la realidad jurídica (que es vida, sometida a ese constante evolucionar que lleva consigo) con el Derecho escrito (que es estático) y que si quiere ser tal es preciso que esté en consonancia con esa vida social, cuya regulación normativa constituye su único objeto». Afirma este autor que «el Derecho es vida y que no suele surgir por generación espontánea, sino por necesidades cuya resolución la demanda esa vida social y económica». También GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, en *RCDI*, n^o 551, julio-agosto 1982, págs. 925 y 926, expone, en relación con la proliferación del fenómeno constructivo y su acelerado proceso que «presiona sobre la Ciencia del Derecho para ensanchar los estrechos cauces jurídicos anteriores y lograr, en lo posible, un avance paralelo, que evite el desbordamiento, teniendo en cuenta, desde un punto de vista finalista, y como enseña el moderno Derecho urbanístico, que 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 precisamente es misión del Derecho facilitar las fórmulas jurídicas aptas para el desarrollo de esa racional y humana convivencia y dar solución a las necesidades que en cada momento se plantean, de acuerdo con el clásico y siempre vigente aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*, regla de oro de la jurisprudencia». En el mismo sentido, NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación de solar*, Montecorvo, Madrid, 2002, págs. 58 y 59, al tratar la «especial comunidad» que regulaba el art. 13.1 RH, pone de relieve que debe tenerse presente el hecho de que «las actuales formas de contratación encajan mal en los moldes clásicos seguidos por el CC», de modo que las instituciones se desvirtúan conforme a como fueron reguladas. No obstante, —asevera—, o los juristas son conscientes de este extremo o habrá que admitir que la mayoría de los contratos que se celebran en la actualidad son atípicos, debido a que la realidad social de la época en la que se redactó el CC es diametralmente distinta a la actual y las necesidades que hay que solventar requieren de otros medios que no siempre se amoldan perfectamente al CC.

¹¹³ Para LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: “La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir”, en *RJN*, 1967, pág. 277, «el progreso de la técnica y la transformación económica experimentada en los últimos años han motivado la aparición de nuevas modalidades en las relaciones humanas, que si, en principio, no son contempladas singularmente por la ley, bien pronto llaman la atención del legislador que trata de encauzarlas debidamente promulgando al efecto las oportunas normas jurídicas», lo que desembocará en que las normas jurídicas evolucionarán al tiempo que las mutaciones que la vida de relación exige. También BERNARD MAINAR, Rafael: “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, en *RCDI*, n^o 720, agosto 2010, págs. 1447 y 1448. En este trabajo, basado en el estudio de los

cesión de solar por obra futura, la causa del mismo, es decir, la motivación económica que mueve a ambas partes, originó el surgimiento de esta figura en el marco de los años sesenta del siglo XX, acumulando un uso paulatino al que ha contribuido la multiplicidad de formas que el mismo puede adoptar.

Asimismo, es pacífico que antes de la aprobación del RD 1867/1998, de 4 de septiembre, norma en la que, como se examinará, se nomina a este contrato como *cesión de suelo por obra futura*¹¹⁴. Este negocio jurídico era una útil herramienta para cedente y cesionario, sin que pueda albergarse duda alguna acerca de su «tipicidad social»¹¹⁵, tal y como el legislador recogió expresamente en la Exposición de Motivos de la citada norma. En este sentido, al amparo del amplio marco negocial que otorga la autonomía de la voluntad de las partes, y siempre respetando los límites fijados por el art. 1255 CC, es factible el brote de nuevas realidades jurídicas, quizás incluso sin apercibirse de ello los contratantes que las diseñan en un primer momento, pues recuérdese el principio de que «los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son»¹¹⁶.

contratos conexos, se apunta lo siguiente: «El principio de autonomía de la voluntad o libertad contractual, aunado a la situación de nacimiento de nuevas necesidades económicas, que requieren del hallazgo de formas contractuales diferentes a las reguladas en el ordenamiento jurídico, propician una serie de fenómenos contractuales dignos de consideración: por un lado, el incremento constante en el número de los contratos atípicos o innominados, merced a la aparición de nuevos contratos carentes de una regulación propia; además, se observa la combinación de algunos de los diversos tipos contractuales ya existentes, dando lugar a los contratos mixtos; e incluso, se utilizan los modelos de ciertos tipos de contrato para alcanzar fines distintos a los previstos inicialmente por el legislador, en el marco de los negocios jurídicos reputados indirectos, aparentes o imaginarios».

¹¹⁴ En la Exposición de Motivos del RD 1867/1998 se alude también a este contrato como *permuta de suelo por obra futura*.

¹¹⁵ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 34 y 35, diferencia la «tipicidad social» de la «tipicidad legal» toda vez que un contrato puede contar con tipicidad social pero no estar regulado legalmente. Nada lo impide; ni nada impide tampoco que un determinado contrato atípico de uso común en la práctica no llegue a alcanzar tipicidad legal, siendo ésta su conclusión con respecto al contrato que nos ocupa: «La cesión de solar a cambio de construcción es una forma contractual admitida socialmente y habitual en la contratación inmobiliaria por las ventajas que se derivan para las partes contratantes [...]; y al mismo tiempo se trata de un contrato que como tal no está previsto ni regulado legalmente, lo que convierte a estas formas contractuales en ejemplos de contratos socialmente típicos aunque legalmente atípicos». DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 38. Para estos autores la «tipicidad social» aparece vinculada a los usos, entendiéndose así las normas practicadas con habitualidad en estos contratos ya que a los contratos atípicos es de aplicación el art. 1258 CC en cuanto en lo no previsto por los contratantes se atenderá a la buena fe, al uso y a la ley. Con anterioridad, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Contrato de cambio de solar por edificación y su eficacia jurídica», en *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 131, en un dictamen jurídico elaborado en el año 1971, ya patentizaba que el contrato de cambio de obra por solar era muy frecuente en la práctica de los negocios, señalando que dicha modalidad contractual es un contrato atípico y complejo. Lo primero porque, desde el punto de vista legislativo, carece de disciplina legal; lo segundo, porque en su «formación entran, unitariamente organizados, elementos o ingredientes procedentes de algunos contratos típicos. Señaladamente son: a) una obligación de transmitir la propiedad del solar, que tiene una causa onerosa; b) una serie de obligaciones, relativas a la construcción de edificaciones que son propias de un contrato de obra; c) una proporcional distribución de lo edificado, normalmente en régimen de propiedad horizontal, entre el constructor y el dueño del solar». También RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 88 y ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Prehorizontalidad y transmisión del derecho de vuelo a cambio de edificación futura. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) núm. 263/2010 de 29 de abril (RJ 2010, 4355)», en *RDP*, n^o 26, 2011-1, pág. 377 y el mismo autor en su obra: *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2011, págs. 57 y 58.

¹¹⁶ Este aforismo es recogido por la propia jurisprudencia del TS, según se advierte en el Fundamento Jurídico Primero de la STS (Sala 1^a) de 8 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2286): *Por otra parte es de señalar, también con fundamento en profusa jurisprudencia, que los contratos son lo que son, y no como se califiquen por los intervinientes, debiendo atenderse para su calificación a lo realmente pactado, lo buscado de verdad por las partes. Para ello habrá de tenerse en cuenta su contenido, que*

La práctica diaria enseña que no necesariamente han de ser juristas —considerados éstos en su más amplia acepción, como todo profesional del Derecho— los que pergeñen una nueva modalidad contractual anudando instituciones jurídicas con el supuesto de hecho que se les presente; antes al contrario, no es extraño que sean los particulares y, en gran medida, las personas dedicadas al vertiginoso y cambiante mundo empresarial y de los negocios las que pongan sobre la mesa los mimbres de lo que puede ser un nuevo tipo de contrato¹¹⁷, sin perjuicio de que sean los primeros los que den forma jurídica al desiderátum de los segundos.

En este capítulo se estudian las diferentes modalidades que adopta el contrato de aportación de solar por obra futura en la práctica, extremo que conduce a la conclusión inequívoca de que resulta enormemente complicado atribuir una naturaleza jurídica unitaria al mismo¹¹⁸. No siendo, además, el objeto central del presente estudio, se dejará a un lado la búsqueda de esa posible naturaleza jurídica unitaria¹¹⁹ para centrar el mismo en aquello que pueda ser de mayor utilidad como es el repaso de las fórmulas más utilizadas en la *praxis* para alcanzar la finalidad del cambio de suelo por piezas de futura edificación.

La práctica negocial demuestra la existencia de dos vertientes: las modalidades articuladas bajo una fórmula jurídico-obligacional y aquellas otras que lo hacen al amparo de una fórmula jurídico-real. En ambos casos, es primordial que las partes tengan consciencia del carácter que han querido imprimir a su negocio jurídico debido a

permitirá su encaje en una figura ya establecida, o determinar su carácter atípico, y semejanza con otros negocios típicos, de tal modo que establecida su naturaleza, será posible tomar en cuenta las normas jurídicas que le son aplicables y, mediatamente, que efectos derivan de la voluntad de los contratantes.

¹¹⁷ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones en torno a la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura”, en *RJN*, nº 44, octubre-diciembre, pág. 220, constata que «la riqueza del tráfico jurídico inmobiliario se traduce en que, bajo la cobertura de este negocio, se diversifiquen las modalidades contractuales promovidas por los particulares para satisfacer sus aspiraciones, en función de las distintas prestaciones que a cada parte de la relación corresponda realizar». Esta misma jurista en su trabajo: “El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *RDJ*, nº 6, 2001, pág. 464, concluye que «nos hallamos en presencia de un contrato atípico, no recogido específicamente entre las normas del Código Civil, aunque se encuentre evidentemente conectado con algunas de las formas negociales previstas en el mismo».

¹¹⁸ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 55 y ss., apunta a las motivaciones de carácter fiscal como causa de la gran variedad de fórmulas que adopta el contrato de aportación ya que los contratantes buscan tributar lo menos posible y de ahí el buceo previo en la modalidad más adecuada a sus intereses. También PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 19 y 41, aborda la dificultad de configurar una naturaleza jurídica unitaria de esta figura así como la importancia del impacto fiscal para la elección final de las partes de este cauce contractual.

¹¹⁹ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores: “Permuta de parcela por pisos y locales a construir. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 21, 1996, pág. 230, pone de manifiesto las dificultades que la doctrina encuentra para calificar jurídicamente el contrato de solar por obra futura.

que la adopción de una u otra forma contractual condicionará inequívocamente las normas de aplicación. Junto a todo ello, es obvio que la autonomía de la voluntad puede dar lugar a otras nuevas realidades contractuales que no estén incluidas en el catálogo de las más habituales que se van a exponer seguidamente pero que sean igualmente válidas para confluir en el mismo objetivo.

No obstante, como paso previo al examen de las tipologías jurídico-obligacional y jurídico-real, es de rigor hacer constar que, en puridad, el contrato de aportación de solar es un contrato atípico, sin perjuicio de que revista características propias de distintas modalidades contractuales. De ahí que, seguidamente, se haga el pertinente análisis sobre la conceptualización de este vínculo contractual como atípico con mención a las diferentes variables adoptadas por la jurisprudencia del TS en décadas de evolución.

II. CONTRATO ATÍPICO

La atipicidad del contrato de permuta de solar por obra futura se pone de manifiesto por primera vez en la STS (Sala 1ª) de 22 de mayo de 1974¹²⁰. Así lo verifica ÁLVAREZ MORENO¹²¹, destacando la falta de homogeneidad en el tratamiento del contrato pero diseccionando los diferentes estadios por los que ha pasado la jurisprudencia del TS en su evolución.

Inicialmente se quiso encajar el contrato en los moldes de los contratos típicos¹²²: compraventa, permuta e incluso sociedad para decantarse por la

¹²⁰ RJ 1974, 2097.

¹²¹ ÁLVAREZ MORENO, Mª Teresa: “La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1, 1995, (BIB 1995/9), pág. 2. También ZURITA MARTÍN, Isabel: “El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia...”, ob. cit., pág. 464. Los contratos atípicos en general son abordados por JORDANO BAREA, Juan: “Los contratos atípicos”, en *RGLJ*, 1953-II, págs. 51 y ss.

¹²² El caso más abundante es el de calificación como permuta: SSTS (Sala 1ª) de 9 de noviembre de 1972 (RJ 1972, 4564); 8 de noviembre de 1974 (RJ 1974, 4132); 15 de noviembre de 1974 (RJ 1974, 4238); 5 de marzo de 1977 (RJ 1977, 858); 16 de junio 1978 (RJ 1978, 2538); 9 de abril de 1980 (RJ 1980, 1411); 30 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1139); 30 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5691); SSTS de 5 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6031 y RJ 1984, 6033); 5 de junio de 1987 (RJ 1987 (RJ 1987, 4042); 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2197); 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3105); 13 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9420); 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9474); 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2661); 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3582) y 30 de mayo de 2006 (RJ 2006; 3173) 30 de mayo de 2006 (RJ 2006; 3173). Se calificó como compraventa entendido como contrato de compraventa de solar más edificio a construir formando un todo conjunto en las SSTS (Sala 1ª) de 28 de noviembre de 1973 (RJ 1973, 4340); 30 de junio de 1977 (RJ 1977, 3497); 19 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9477) y 24 de febrero de 1994 (RJ 1995, 684). Como contrato de sociedad cabe referirse a la STS (Sala 1ª) de 26 de abril de 1988 (RJ 1988, 3279).

consideración del referido contrato como atípico, subdividiéndose esta segunda corriente en dos: una tendencia del Alto Tribunal es la de considerar al contrato como atípico pero reconduciéndolo a otras figuras contractuales, aplicando *de facto* la teoría de la absorción¹²³; por otro lado, otra corriente más depurada en la jurisprudencia viene a decantarse por calificar el contrato como atípico *do ut des*¹²⁴ sin enmarcarlo en ninguna de las figuras típicas. Subrayar, asimismo, que la prestación de hacer que corresponde al cesionario-constructor, previa a su obligación de dar, ha determinado su asimilación también al arrendamiento de obra¹²⁵.

A partir de la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1983¹²⁶¹²⁷, el Alto Tribunal se refiere al contrato de aportación de solar refiriéndose al mismo como un contrato atípico *do ut des*¹²⁸, asimilable a la permuta, expresando el Considerando Primero de dicha resolución:

¹²³ Resoluciones que reconducen el contrato, considerado como atípico, al de permuta por su aproximación a su estructura negocial: SSTS (Sala 1ª) de 12 de febrero de 1979 (RJ 1979, 811); 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9431); 10 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1685); 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10286); 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023); 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992); 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 9162); 13 de junio de 2011 (RJ 2011, 4525); 13 de septiembre de 2011 (JUR 2011, 336474); 29 de abril de 2013 (JUR 2013, 170753). Como contrato complejo y atípico asimilable al contrato de sociedad: STS (Sala 1ª) de 27 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1838). La STS (Sala 1ª) de 2 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 4520) lo considera un contrato complejo o mixto.

¹²⁴ Contrato atípico *do ut des*, con grandes analogías con la permuta: SSTS (Sala 1ª) de 7 de julio de 1982 (RJ 1982, 4221); 31 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6024); 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 5400); 7 de junio de 1990 (RJ 1990, 4741); 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10286); 2 de febrero de 1991 (RJ 1991, 699); 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9582); 12 de abril de 1993 (RJ 1993, 2996); 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3459); 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6660); 24 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9210); 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8537); 8 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3975).

¹²⁵ Es otra variante que se ha recogido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Con carácter general se ha entendido que se trata de un contrato de permuta con prestación subordinada de obra: SSTS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1983 (RJ 1983, 53340); 31 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6024); 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 5400); 7 de junio de 1990 (RJ 1990, 4741); 24 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9210); 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8537); 13 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9020); 10 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9976); 1 de junio de 2005 (RJ 2005, 6294); 10 de junio de 2005 (RJ 2005, 4364); 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 70671); 14 de julio de 2009 (RJ 2009, 4468).

¹²⁶ RJ 1983, 5340. También recalcan el carácter de contrato atípico las siguientes resoluciones de la Sala de lo Civil del TS: STS de 22 de mayo de 1974 (RJ 1974, 2097); 2 de enero de 1976 (RJ 1976, 22); 4 de mayo de 1978 (RJ 1978, 1640); 18 de noviembre de 1980 (RJ 1980, 4140); 20 de abril de 1981 (RJ 1981, 1658); 2 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4752); 10 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1685); 30 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9607); 18 de abril de 1997 (RJ 1997, 3247); 7 de abril de 1999 (RJ 1999, 2659); 17 de enero de 2001 (RJ 2001, 1315); 19 de julio de 2002 (RJ 2002, 9097); 1 de junio de 2005 (RJ 2005, 6294); 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 2393); 14 de junio de 2007 (RJ 2007, 3515); 22 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3918); 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 9162).

¹²⁷ La STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5340) es resaltada por HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Mª Dolores: “Permuta de parcela...”, ob. cit., pág. 231, al manifestar que es la resolución que con mayor nitidez califica al contrato como atípico *do ut des*, no encajable plenamente en ninguna tipología concreta aunque muy próximo a la permuta. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto: “Comentario a la STS de 24 de octubre de 1983”, en *CCJC*, nº 21, 1989, págs. 1021 y ss., analiza los problemas que suscita esta resolución del Alto Tribunal. Los de mayor entidad son el relativo a la calificación concedida por los contratantes, con la conclusión de que en nada afecta al régimen jurídico aplicable la calificación del contrato.

¹²⁸ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones...”, ob. cit., págs. 219 y 220, apunta que las resoluciones de los tribunales en los últimos treinta años en relación con el contrato objeto de nuestro estudio, han originado conceptos que describen al mismo en mayor o menor medida. Asimismo refiere que en los primeros años de la década de los noventa, el Alto Tribunal se decanta por calificarlo como «contrato atípico», «atípico *do ut des*», atípico de cesión de solar a cambio de obra o de aportación de solar, si bien todas las sentencias confluyen en verificar grandes analogías entre este negocio con la «permuta con prestación subordinada de obra», resultando subsumible en el ámbito del art. 1538 CC. En la segunda mitad de los noventa —continúa— el TS califica al contrato directamente como «permuta», sin más aditivos y, en otras ocasiones, con otras calificaciones añadidas que le atribuyen un

Que las cuestiones suscitadas en el recurso tienen su raíz en el contrato de 1 agosto 1973, contenido en el documento privado al efecto extendido, mediante el cual el recurrente don Antonio R. G. y el recurrido don Pascual C. A., titular el primero en unión de su esposa, de un fundo de 107'60 m² de superficie y el segundo, de una finca de la misma naturaleza y situación de 174 m², enajenan a don Antonio B. R. «el derecho a edificar vuelos sobre el solar» propiedad de ambos «a cambio de obra que construirá» la otra parte, estipulándose que «por dicha cesión el constructor entregará a los cedentes la planta baja dividida en dos locales comerciales y las dos viviendas del entresuelo, correspondiendo a cada uno de los cedentes un local y una vivienda de las citadas», pero sin concretar las respectivas superficies aunque sí las características y la calidad de los materiales a emplear en la edificación; con lo que se está en presencia de un negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir, figura que la doctrina mayoritaria conceptúa como permuta con prestación subordinada de obra y que la jurisprudencia, según recuerda la S. de 7 julio 1982 (RJ 1982\4221), califica de contrato atípico do ut des no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente definidas y reguladas en el C. Civ. —SS. de 22 mayo 1974 (RJ 1974\2097) y 2 enero 1976 (RJ 1976\22)—, aunque presente notas que le aproximan a la permuta —SS. de 30 junio 1977 (RJ 1977\3497) y 12 febrero 1979 (RJ 1979\811)—, e incluso subsumible por analogía «dentro de los términos del art. 1538, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse» —S. de 9 noviembre 1972 (RJ 1972\4564)—, por lo que se tratará de la prestación de una cosa futura (res speratae) que se corresponde con otra presente.

III. TIPOLOGÍA JURÍDICO-OBLIGACIONAL

III.1. Permuta

III.1.1. Concepto. Revitalización del contrato de permuta.

El art. 1538 CC define la permuta como *un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.*

Dentro de las características propias del contrato de permuta, a los efectos del presente trabajo, interesa poner de relieve que se trata de un contrato traslativo del dominio. No obstante, la especificidad que muestra el contrato de aportación de solar

concepto más descriptivo: «permuta de solar por obra realizada o edificación», «permuta de solar por obra o dinero» o «permuta de terreno por fincas futuras». Su conclusión al respecto es que aunque se pueda cobijar este contrato dentro de las normas de la permuta, no por ello se puede dejar de considerar atípico.

por obra futura consiste en el hecho de que el intercambio material de bienes¹²⁹ no se lleva a efecto de forma instantánea ya que una de las cosas a trocar ya existe —el solar— y la otra es una cosa futura que adquirirá cuerpo propio en un plazo fijado previamente en la mayoría de los supuestos.

En la actualidad, la doctrina científica corrobora el nuevo impulso que la actividad de promoción y construcción inmobiliaria ha generado en esta clase de vínculos contractuales. Así lo confirma SERRANO CHAMORRO¹³⁰, quien anuda el afán especulativo que puede ostentar el propietario del solar o de una vieja edificación en aras de obtener un beneficio ulterior con el desarrollo inmobiliario.

MERINO HERNÁNDEZ¹³¹ refiere que la institución de la permuta se ha revitalizado¹³² cuando parecía estar adormecida y califica y, aunque viene a reconocer que pueden existir otras modalidades, afirma que es bajo la forma de contrato de permuta bajo la cual se presentan los supuestos más comunes de cambio de solar por obra futura.

A su vez, PLANA ARNALDOS¹³³ apunta que el contrato de cesión de solar a cambio de obra futura consiste en una versión actualizada de los antiguos negocios de trueque, los cuales fueron evolucionando a consecuencia de los avances en el tráfico jurídico-mercantil.

¹²⁹ MELÓN INFANTE, Fernando: “El contrato de permuta en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1961, pág. 709, deja sentado que en la permuta el intercambio lo es de cosa por cosa y no de servicio por servicio o de cosa por servicio.

¹³⁰ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 58 y 59.

¹³¹ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: ob. cit., pág. 344. En el mismo sentido ROSA DÍAZ, Pelayo de la: *La permuta. Desde Roma al Derecho español actual*, Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 395; MONET Y ANTÓN, Fernando: *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Valencia, 1996, págs. 70 y ss. y LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: “Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en él se construyan”, en *Anales de la Universidad de Murcia, Derecho*, vol. XXI, n^o 2, curso 1963, págs. 77 y ss. y en su trabajo: “La contratación sobre edificio futuro...”, ob. cit., págs. 301 y ss.

¹³² El repunte del contrato de permuta se hace patente incluso en el ámbito de la contratación de obras públicas como pone de manifiesto GIMENO FELIÚ, José M^a: “El contrato público de permuta por obra futura y su problemática jurídica. ¿Contrato de permuta o precio de la obra?” en *Revista Urbanismo y Edificación*, n^o 15, 2007, págs. 55 a 59, debido principalmente a su nula implicación presupuestaria, sirviendo a las Administraciones locales para emprender infraestructuras que suponen un coste significativo. No obstante, como señala el referido autor, habrá de utilizarse con carácter restrictivo para que no se vean conculcados los principios de la contratación pública y del Derecho presupuestario.

¹³³ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 16 y 17.

La utilización de la permuta en los negocios con objeto futuro, ha supuesto el repunte de una institución aparentemente relegada o sometida al imperio del contrato de compraventa. Al respecto del desplazamiento experimentado en la práctica del contrato de permuta por parte del contrato de compraventa, MARTRA FONTANS¹³⁴, constata que la permuta es el más antiguo de los contratos pero que procede a transformarse con posterioridad en el más moderno de compraventa, dada la enorme dificultad de conseguir una equivalencia de valores entre ambas prestaciones.

MORATILLA GALÁN¹³⁵ apunta que, aunque históricamente la permuta nació en economías poco desarrolladas antes de la aparición de la moneda, este extremo no supone ningún obstáculo a su utilización en sistemas más avanzados en momentos en que el trueque resulte de mayor utilidad que la compraventa. Asimismo, advierte esta autora que en España la permuta ha experimentado cierto auge en los últimos años debido al desarrollo urbanístico de las ciudades, aseverando que es una útil herramienta en los supuestos de cambio de solar por departamentos futuros.

Por su parte, ROSA DÍAZ¹³⁶ asevera que con la primacía que fue adquiriendo el uso del dinero, la permuta quedaría relegada frente a la compraventa, convirtiéndose éste en el contrato de cambio más importante del Derecho moderno, absorbiendo en su práctica totalidad a las relaciones de cambio. Ahora bien, señala la tendencia de parte de la doctrina científica a atribuir una mayor relevancia actualmente a la permuta que al contrato de compraventa en determinados casos, apuntando directamente a dos ramas jurídicas que considera de actualidad: el Derecho agrario y el Derecho urbanístico, sobre el que entiende que existen dos figuras que han de tenerse en cuenta: la reparcelación y la permuta de solares por locales de negocio o pisos a construir sobre ellos.

¹³⁴ MARTRA FONTANS, Eduardo: *Venta de solares en la modalidad de permuta*, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 7. LÓPEZ FRIAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 9, afirma que, desde hace algunas décadas, el tráfico jurídico se alimenta del contrato de cesión de solar a cambio de pisos o locales, logrando un lugar destacado como posible fórmula de contratación en el ámbito inmobiliario, sin menoscabo del carácter omnipresente del contrato de compraventa.

¹³⁵ MORATILLA GALÁN, Isabel: "Quien permuta...", ob. cit., pág. 1350.

¹³⁶ ROSA DÍAZ, Pelayo de la: *La permuta. Desde Roma al Derecho español actual*, Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 371 y 372.

Ahora bien, se observa que la permuta hace las veces, asimismo, de «cajón de sastre» para incluir en la misma diferentes modalidades del contrato de aportación. De hecho, ZURITA MARTÍN¹³⁷ afirma que el tipo de contrato que más acoge la jurisprudencia en este ámbito es el de permuta, presentando conexiones con la compraventa y con el arrendamiento de obra.

CÁMARA ÁLVAREZ¹³⁸ adereza esta figura con notas del arrendamiento de obra, considerando que el solar se transmite al constructor desde el momento en que se consuma la operación, existiendo entonces una permuta cualificada por la obligación del adquirente del terreno de ejecutar la obra. Con este autor coincide MONET Y ANTÓN¹³⁹ calificando a esta categoría como permutas por cosa futura con prestación subordinada de hacerla, es decir, con una obligación de hacer y dar para el constructor.

No obstante lo anterior, en lo que sí parece existir unanimidad es en que han de quedar fuera de la calificación como permuta, los negocios societarios y el intercambio de servicios.

III.1.2. Regulación positiva

La permuta aparece regulada en los arts. 1538 a 1541 CC, a continuación de la compraventa y con remisión a las normas de esta institución en los aspectos no contemplados expresamente en los aludidos preceptos.

Para MONET Y ANTÓN¹⁴⁰, el hecho de que exista una regulación positiva tan parca, hace que quede la integración del contrato al recurso de otros principios o normas, agudizándose los problemas en los que una de las contraprestaciones es futura.

¹³⁷ ZURITA MARTÍN, Isabel: “El contrato de aportación de solar”, en *CCGPJ*, nº 51, Madrid, 1995, pág. 10.

¹³⁸ CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *Estudios de Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 359 y 360.

¹³⁹ MONET Y ANTÓN, Fernando: ob. cit., pág. 71.

¹⁴⁰ MONET Y ANTÓN, Fernando: ob. cit., pág. 71.

En relación al contrato de permuta de solar a cambio de futura edificación, la única regulación positiva de la que hasta el momento ha gozado el citado contrato vino proporcionada por el art. 13 RH¹⁴¹, según la redacción conferida al mismo por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, de reforma de determinados preceptos del RH. Sin embargo, como será analizado en profundidad en el capítulo XIII, este precepto fue anulado parcialmente por la STS (Sala 3^a), de 31 de enero de 2001, sobreviviendo únicamente los dos últimos párrafos.

Con la anterior anulación, la única normativa que queda vigente en España es la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, operativa en el ámbito de la Comunidad Autónoma catalana.

III.1.3. La permuta y el contrato de permuta de solar por obra futura

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias¹⁴² sostienen que bajo este negocio jurídico quedan mejor enmarcadas las operaciones inmobiliarias mediante las cuales el propietario de un solar lo transmite a otra persona, generalmente profesional de la construcción, para que edifique sobre el mismo y, a cambio, una vez finalizadas las obras, le haga entrega de uno o algunos de los departamentos en que se divide el edificio de reciente construcción, un porcentaje de la obra ejecutada o ambas cosas a la vez.

Tanto en la práctica contractual como en la doctrina científica y jurisprudencial se observa que la calificación como permuta del contrato objeto de estudio ha sido la más utilizada, con diferentes acepciones, para tratar de acomodar el carácter futuro de la

¹⁴¹ El art. 13.1 RH se refería a las *cesiones de suelo por obra futura* y en la Exposición de Motivos del propio RD 1867/1998, se denominaba a este contrato como *permuta de suelo por obra futura*.

¹⁴² Así lo corroboran NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 37; RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 34; SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 60 y PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 50.

contraprestación a recibir por el cedente: permuta especial, permuta de solar con prestación subordinada de obra¹⁴³, permuta de cosa presente por cosa futura, etc..

En contra de calificar al presente contrato como de permuta se pronuncia MUÑOZ DE DIOS¹⁴⁴ oponiendo diferentes argumentos: «históricos-legales» basados en el Derecho romano como informador del ordenamiento jurídico español, sistema que no admitiría que retornara al permutante del solar parte de lo que él mismo transmitió; «doctrinales»: señalando a la doctrina que considera que el cambio de una cosa por otra debe efectuarse al mismo tiempo de celebración del contrato; «lógicos»: salvo para construir edificios en régimen de propiedad horizontal, no es rentable económicamente para otros proyectos inmobiliarios y, por último, «la jurisprudencia del TS», no ha seguido una línea uniforme a la hora de calificar el contrato.

Por lo que respecta a la doctrina jurisprudencial, con remisión al estudio efectuado por ZURITA MARTÍN¹⁴⁵, se advierte un cambio entre los primeros y los últimos años de la década de los noventa en relación a las resoluciones jurisprudenciales. En los años 1990 a 1994 la tendencia de las SSTS (Sala 1ª) era la de calificar el negocio como contrato atípico, bien de aportación de solar, bien *do ut des*. Ahora bien, en la segunda mitad de los noventa, el Alto Tribunal, sin entrar ya a realizar disquisiciones sobre la terminología a emplear, y asumida la evidente analogía entre la aportación de solar y el contrato de permuta, comienza a referirse al negocio directamente como «permuta», a veces sin más cualificaciones añadidas —como en las SSTS (Sala 1ª) 31 de julio 1995, 29 abril 1996, 18 septiembre 1996, 17 mayo 1997, 19 septiembre 1998 y 30 abril 1999¹⁴⁶— y en otras ocasiones de una forma mucho más descriptiva, teniendo en cuenta el tipo de contraprestación que haya de recibir el aportante a cambio del solar permutado. De esta forma, se habla de «permuta de solar por obra realizada o por

¹⁴³ En este caso hay que atender a la precisión de NÚÑEZ MUÑOZ, Mª Carmen: *La aportación...*, ob. cit., págs. 38 y 39, autora que pone de relieve que en aquellos casos en los que se califica al contrato como de permuta con prestación subordinada de obra hay que acudir en determinados aspectos al contrato de arrendamiento de obra, como consecuencia de que el constructor se obliga a una prestación de hacer, la cual en realidad es una obligación de resultado, por lo que a la hora de exigir responsabilidades por defectos constructivos habrá de hacerse conforme a la normativa del arrendamiento de obra.

¹⁴⁴ MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar...*, ob. cit., págs. 23 a 30.

¹⁴⁵ ZURITA MARTÍN, Isabel: “El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia...”, ob. cit., págs. 465 y 466.

¹⁴⁶ RJ 1995, 5923; RJ 1996, 3024; RJ 1996, 6726; RJ 1997, 3883; RJ 1998, 7550 y RJ 1999, 2619, respectivamente.

edificación» en las SSTS (Sala 1ª) de 13 de diciembre de 1994, 19 de junio 1996 y 21 diciembre 1998¹⁴⁷; de «cesión de solar a cambio de dinero y obra» en la STS (Sala 1ª) 21 febrero 1995¹⁴⁸; o de «permuta de terreno por fincas futuras» en la STS (Sala 1ª) 11 diciembre 1995¹⁴⁹».

Añadir, por último, que esta modalidad contractual sigue contando con vigor y actualidad como ponen de manifiesto resoluciones muy recientes de la Sala de lo Civil del TS: 5 de febrero, 10 de septiembre y 6 de noviembre de 2014 y 6 de octubre, 2 de julio, 29 de junio y 17 de febrero de 2015, respectivamente¹⁵⁰.

III.2. El arrendamiento de obra

III.2.1. Concepto

LASARTE ÁLVAREZ¹⁵¹ define el contrato arrendamiento de obra contrato como aquel «en cuya virtud una persona, contratista, se obliga a ejecutar una obra en beneficio de otra, comitente, que habrá de pagar por ella un precio cierto».

La doctrina científica considera que el pilar sobre el que se basa la denominación como arrendamiento de obra está en la obligación de hacer (construir la edificación pactada) y de dar (entregar lo ejecutado) que corresponden al constructor, encontrando aquí el nexo de unión con el contrato de aportación respecto a la contraprestación debida por el cesionario¹⁵² como precio por la transmisión del solar.

¹⁴⁷ RJ 1994, 9420; RJ 1996, 5102 y RJ 1996, 9647, respectivamente.

¹⁴⁸ RJ 1995, 1696.

¹⁴⁹ RJ 1995, 9474.

¹⁵⁰ RJ 2014, 1060; RJ 2014, 5680; RJ 2014, 4800; JUR 2015, 188433; JUR 2015, 188430; JUR 2015, 112217 y JUR 2015, 244351, respectivamente.

¹⁵¹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil, Contratos*, Vol. III, 17ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 299.

¹⁵² PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 61.

III.2.2. Regulación positiva

El CC define el arrendamiento de obra este contrato en el art. 1544¹⁵³, como aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra a cambio de un precio cierto, debiendo puntualizar que en la práctica puede encontrarse este vínculo contractual bajo diferentes denominaciones: contrato de obra, contrato de ejecución de obra, contrato de empresa o contrato de industria¹⁵⁴.

Los arts. 1542 a 1603 CC regulan los arrendamientos de obras y de servicios. En este aspecto hay que destacar la puntualización realizada por SAN SEGUNDO MANUEL¹⁵⁵ en el sentido de que, aunque desde el punto de vista del texto codificado se está en presencia de un arrendamiento, lo cierto es que esta concepción del contrato de obra se encuentra desfasada actualmente y su regulación se muestra «claramente insuficiente». A juicio de esta autora, es posible que junto a los cambios experimentados en la práctica desde la entrada en vigor del CC, quizás éste dotó al arrendamiento de obra de una regulación muy parca, centrándose más sus redactores en las obligaciones de dar que en las de hacer.

III.2.3. El arrendamiento de obra y el contrato de permuta de solar por obra futura

Una de las formas de llevar a cabo el negocio jurídico de aportación de solar por obra futura es mediante la articulación del mismo como un arrendamiento de obra. Mediante este acuerdo el dueño del suelo conviene con el contratista la ejecución del edificio en el terreno de su propiedad a cambio de que el pago del precio del arrendamiento de obra sea en especie, esto es, entregando el pleno dominio de un

¹⁵³ El art. 1544 CC dispone que: *En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.*

¹⁵⁴ Deja constancia de este extremo SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: *La recepción en el contrato de obra*, CISS, Valencia, 2001, pág. 26.

¹⁵⁵ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: ob. cit., pág. 28.

número determinado de los inmuebles ejecutados por el constructor o de un porcentaje de obra ejecutada¹⁵⁶.

DÍAZ BARCO¹⁵⁷ entiende que esta modalidad de contrato de obra se da con cierta frecuencia en la práctica y como tal ha sido reconocida por la doctrina jurisprudencial aunque sin duda se encuentra más próxima a la figura de la permuta que a la del contrato de obra.

Como señala PLANA ARNALDOS¹⁵⁸, para que un contrato de arrendamiento de obra sea considerado de idéntica naturaleza jurídica o subsumible en el de cesión de solar, habrá que atender a que en el mismo se transmita o no la propiedad del suelo. Así, esta jurista distingue:

1º) En los casos en los que el cedente transmite la propiedad del solar existen enormes dificultades para entender parangonables ambos contratos pues el constructor ya ejecuta la misma sobre suelo propio adquiriendo los departamentos por accesión cuando realmente el esquema propio del arrendamiento de obra es distinto, siendo el contratista el que lleva a cabo sus trabajos en suelo ajeno a cambio de un precio cierto¹⁵⁹. En cambio, en los contratos de cesión de solar se pretende que la totalidad de los riesgos que fluyen paralelos a la edificación sean asumidos por el contratista desde el inicio de la relación contractual, desvinculándose el cedente una vez que se haya procedido a transmitir el solar. En efecto, siendo el cesionario por regla general un profesional del sector de la construcción que busca edificar sin desembolsar inicialmente el valor del suelo, lo habitual es que sea un incentivo para la negociación entablada con el cedente el hacer constar a éste que quedará al margen de todo el complejo marco de relaciones y responsabilidades que es inherente a este específico

¹⁵⁶ Así lo señala RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 56.

¹⁵⁷ DÍAZ BARCO, Fernando: *Manual de Derecho de la Construcción*, 2ª edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 46.

¹⁵⁸ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 62 y ss.

¹⁵⁹ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 10, advierte que en el contrato de arrendamiento de obra el contratista edifica en terreno ajeno a cambio de un precio mientras que en la hipótesis típica del contrato de la cesión de solar por pisos el constructor lo hace sobre un solar que ha adquirido previamente de una persona a la que ha de entregar uno o varios inmuebles una vez construidos «en terreno propio».

ámbito. A la inversa, se puede atisbar el mismo objetivo en el cedente del solar, quien con el mínimo esfuerzo buscará obtener la mayor rentabilidad posible al suelo que transmite, sin sometimiento a responsabilidad alguna por no ser partícipe directo en el levantamiento del edificio de que se trate. Habrá que acudir, por consiguiente, a la interpretación del contrato conforme a la voluntad de las partes contratantes.

2º) En aquellos supuestos en los que el cedente se reserve la propiedad del suelo, bien total, bien parcialmente, se verifica un mejor engranaje con el arrendamiento de obra pues el constructor ejecuta en suelo ajeno. Si a ello se adiciona que el dueño del suelo ha de transmitir al constructor las facultades necesarias para edificar en terreno ajeno, concediéndose frecuentemente un poder para ello, es más patente todavía su similitud con el arrendamiento de obra. Así lo entiende también MUÑOZ DE DIOS¹⁶⁰ al hablar de la retención de la propiedad por parte del cedente.

Asimismo, CÁMARA ÁLVAREZ¹⁶¹ mantiene que el contrato de aportación de solar puede revestir la fórmula de retención de la propiedad por parte del dueño a cambio de que el constructor edifique lo pactado, haciendo las veces de precio los pisos, locales o garajes que se hayan convenido y que habrán de adjudicarse a éste una vez finalizada la obra, haciendo suyo el propietario la construcción conforme vaya avanzando, en virtud del principio de accesión.

Por lógica, el contrapunto está en que los riesgos de la construcción recaen en el dueño del suelo, con todo lo que ello conlleva, dada la complejidad de la normativa al respecto y la ingente carga a todos los niveles que se asume. Supuesto importante en este concreto punto Cabe destacar la STS (Sala 1ª) de 3 de mayo de 1993¹⁶² en el que

¹⁶⁰ MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar...*, ob. cit., pg. 89.

¹⁶¹ CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana (Ponencia de la Delegación Española en la III Comisión del X Congreso Internacional del Notariado Latino)”, con la colaboración de Emilio Garrido Cerdá y Antonio Soto Bisquert, en *RDN*, abril-junio 1969, pág. 928.

¹⁶² RJ 1993, 3400. El caso que resuelve la sentencia es el siguiente: Dª. Therese compró a la constructora Iberbrick, S.A., el día 15 de octubre de 1979, una parcela de terreno en el municipio granadino de Salobreña. Posteriormente, el día 15 de marzo de 1982, Dª. Therese y su esposo, D. Víctor, celebraron con la misma constructora un contrato que denominaron de «compraventa», mediante el cual, Iberbrick, S.A. se obligaba a construir un chalé en la antedicha parcela por un precio de 5.554.000 pesetas antes del 1 de octubre de 1982. La constructora ejecutó correctamente la edificación, poniendo a disposición de los cónyuges el inmueble, quienes, residiendo habitualmente en Bélgica se excusaron alegando problemas de salud de Dª. Therese, tardando aproximadamente dos años en recibir el chalé. En ese paréntesis de tiempo, a consecuencia de unas obras pertenecientes al Ministerio de Obras Públicas se produjo una rotura de un talud que afectó a varias edificaciones, entre ellas las de D. Víctor y Dª. Therese. Llegados a

los actores pretenden defender como contrato de compraventa de cosa futura el encargo efectuado a un constructor para edificar un chalet en una parcela adquirida al mismo con anterioridad, con objeto de que éste asumiera los menoscabos sufridos en el inmueble a consecuencia de unas obras ejecutadas por el Ministerio de Obras Públicas cuyo origen se encuentra en la rotura de un talud. Sin embargo, el TS defendió la calificación otorgada al contrato por la AP, habiendo quedado probado que la entidad constructora cumplió perfectamente su contraprestación, poniendo a disposición de los actores el indicado chalet, siendo éstos los que no consiguieron acreditar suficientemente las excusas vertidas en torno a la no recepción de las obras, debiendo asumir el menoscabo sufrido en la finca.

Como corolario, doctrinalmente, la aplicación de las normas del arrendamiento de obra al contrato de permuta de solar por obra futura ha sido muy criticada por consistir en dos instrumentos que contemplan realidades muy diferentes. Se sostiene que el arrendamiento de obra tiene su origen en el siglo XIX, pretendiéndose en la actualidad su aplicación a situaciones de especial complejidad.

este punto, los esposos accionaron contra la constructora interponiendo juicio de menor cuantía en el que interesaban la resolución del contrato de 15 de marzo de 1982 más la indemnización de daños y perjuicios por importe de 5.048.493 pesetas y sus correspondientes intereses legales. La entidad demandada reconvino interponiendo la excepción de sumisión expresa a los Juzgados de Granada y reclamando la cantidad de 505.587 pesetas. Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Motril estimó la excepción de incompetencia territorial, absolviendo a Iberbrick, S.A., sin entrar a conocer del fondo del asunto. En segunda instancia, la Sección 4ª de la AP de Granada, entrando al fondo de la cuestión litigiosa, procedió a desestimar totalmente la demanda y a estimar íntegramente la reconvención, calificando el contrato como de arrendamiento de obra y no de compraventa como hicieron las partes. D. Víctor y Dª. Therese recurrieron en casación al amparo de los arts. 1281 y 1445 CC y subsidiariamente del art. 1589 del mismo texto legal, impugnando la calificación como contrato de arrendamiento de obra por entender que el contrato debe ser calificado como de compraventa de cosa futura. El Fundamento Jurídico Tercero resuelve así: *es doctrina reiterada de esta Sala, por un lado [SS. 11-10-1988 (RJ 1988\7410), 20 febrero, 4 julio y 30 septiembre 1991 (RJ 1991,1514, RJ 1991,5325 y RJ 1991,6074), por citar algunas], la de que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación, y, por otro lado [SS. 3-11-1988 (RJ 1988,8407), 13 abril y 20 diciembre 1989 (RJ 1989,3049 y RJ 1989,8852), 19 enero, 20 febrero y 2 noviembre 1990 (RJ 1990,16, RJ 1990,702 y RJ 1990,8456), entre otras muchas], la de que la calificación jurídica de las relaciones que unen a las partes litigantes es función privativa de los juzgadores de la instancia y ha de ser mantenida en casación en tanto no se revele como ilógica o contraria a las normas de hermenéutica contractual, cuyos supuestos de excepción no se dan en el caso que nos ocupa, pues así como el primero de los contratos celebrados entre las partes (el de fecha 15-10-1979) fue de compraventa de la parcela núm. 64, sita en la Urbanización «Alfamar», en Salobreña (Granada), cuya parcela fue entregada por la entidad vendedora a los esposos compradores, quienes pagaron el precio íntegro de la misma, el segundo de los referidos contratos (celebrado tres años más tarde que el primero, concretamente el 15-3-1982) fue un claro y típico contrato de arrendamiento de obra, por el que la entidad «Iberbrick SA» se obligó a construir un chalet («villa») en la referida parcela, propiedad de los actores, como claramente se expresa en el documento privado de la citada fecha, en el que se dice que el objeto del contrato es: «la construcción de una villa en la parcela núm. 64 de la Urbanización «Alfamar», término municipal de Salobreña (Granada), según plan y presupuesto en poder de la señora V. G. C.» y posteriormente se ratifica en el documento de fecha 18-5-1992, en el que las partes estipularon la realización de unas obras complementarias, para las que se hizo un nuevo presupuesto, que aceptó la señora V. G., casada C., por lo que la calificación del segundo de los referidos contratos como de arrendamiento de obra, que hace la sentencia recurrida, ha de ser mantenida en esta vía casacional, al ser la misma plenamente lógica y ajustada a las normas de la hermenéutica contractual.*

Por último, mencionar que la jurisprudencia ha recurrido a designar la naturaleza contractual como arrendamiento de obra¹⁶³ en determinadas ocasiones o como un contrato de ejecución de obra *do ut des*: contrato atípico equivalente a la permuta con prestación subordinada de obra¹⁶⁴ en otras.

III.3. Comunidad para edificar

III.3.1. Concepto y objetivo

Esta modalidad constituye el ejemplo típico de propietarios por cuotas indivisas de un solar, los cuales, en conjunto, se fijan el objetivo de construir en el mismo, acordándose contractualmente el reparto de la edificación resultante. Como indica RUDA GONZÁLEZ¹⁶⁵, el recurso a esta figura se ha considerado como una modalidad de los contratos de cesión de suelo por obra futura, debiendo destacarse el mismo por su sencillez y por evitar al cedente la transmisión de todo el suelo, ahorrándose costes de construcción, gastos de intermediación y permitiendo controlar directamente cómo se ejecuta la obra.

Esta alternativa aparece incardinada en los arts. 392 a 406 CC, preceptos que conforman el Título III del Libro Segundo, titulado *De la comunidad de bienes*; no obstante, en puridad lo que regula el CC en este Título es el condominio o copropiedad, referida al derecho de propiedad, acogiéndose la concepción romana de la comunidad

¹⁶³ STS de 20 de abril de 1980 (RJ 1981, 1658); STS de 20 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 9232); 24 de febrero de 1994 (RJ 1994, 684); 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8537) y 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8837), respectivamente. En concreto la STS de 20 de abril de 1981, en su Considerando segundo, califica el contrato objeto de discusión entre las partes como de arrendamiento de obra: «*dado que la finalidad que determinó a las partes a obligarse, como razón inspiradora del negocio, se identifica con la causa del contrato –entrega del terreno, con el natural desplazamiento posesorio que ello significa- para que se realice la construcción del edificio, quedarse con parte del mismo los demandantes (...) y dejar el resto de lo edificado como pago de la contraprestación o precio del arrendamiento de obra convenido*».

¹⁶⁴ Ver SSTS de nota 189.

¹⁶⁵ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 47 y 48. Con idénticas consideraciones SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 119.

por cuotas, entendidas como partes ideales o abstractas sin concreción material hasta el instante en que se produce la división¹⁶⁶.

La STS (Sala 1ª) de 5 de junio de 1989¹⁶⁷, recalca que se trata de una *situación cada día más frecuente en el marco de este tipo de relaciones jurídicas, representada por una Comunidad constructora-promotora integrada por más o menos miembros, con la finalidad de adquirir terrenos en los cuales construir uno o más edificios para su distribución horizontal en pisos y locales, Comunidades éstas a las que en defecto de otra normativa, les son en principio aplicables los artículos 392 y ss. del Código Civil y concluida esta primera fase, al convertirse en Comunidades en Régimen de Propiedad Horizontal, vienen sujetas a las reglas de la misma.*

El fin último buscado por los condóminos es normalmente el abaratamiento de los costes de adquisición de las fincas a construir, generalmente destinadas a vivienda habitual de los mismos en régimen de propiedad horizontal, así como dotar a las fincas futuras de mejores calidades. Se trata del caso usual de copropietarios no profesionales y que ha llegado a definirse como comunidad *ad aedificandum*¹⁶⁸, en el sentido de unión reunión de varias personas para adquirir un determinado solar y encargar la construcción de un edificio o urbanización bajo un proyecto concreto. Evidentemente, la comunidad estará formada inicialmente por los propietarios del solar y progresivamente por el edificio en construcción, operando el principio de accesión para adquirir la propiedad.

En la casi totalidad de operaciones que se articulan bajo esta forma y con el trivial objetivo de minimizar problemas, se suele establecer mientras se construye un pacto de indivisión¹⁶⁹ y la renuncia al derecho de tanteo y retracto entre comuneros así

¹⁶⁶ La división de la comunidad no está exenta de problemas como puede advertirse en la STS (Sala 1ª) de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1516), en la que se resuelve un supuesto de controversia entre comuneros a la hora de dividir la comunidad constituida para la ejecución de un edificio sobre el terreno, mediante la constitución de un contrato de sociedad civil.

¹⁶⁷ STS (Sala 1ª) de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4296). Otras resoluciones del Alto Tribunal que hacen alusión a esta figura son las SSTS (Sala 1ª) de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3723); 26 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2613).

¹⁶⁸ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: *Comunidad e indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 178. Véase sobre la misma materia BATISTA MONTERO-RÍOS, José: "Comunidad para edificar", en *Revista de Derecho Privado*, 1969, págs. 99 y ss.

¹⁶⁹ Según la STS (Sala 1ª) de 30 de noviembre de 1979 (RJ 1979, 3941): *El derecho de pedir la división de la cosa común proclamado en el artículo 400 como principio fundamental de la copropiedad, en cuanto situación integrada por la*

como otro pacto posterior en el que se conviene la división de la cosa futura. Posteriormente, con el otorgamiento por los condóminos de la escritura de constitución de la propiedad horizontal, se disuelve la primigenia comunidad con la adjudicación a cada uno de lo pactado en pago de su respectiva cuota, surgiendo una nueva comunidad sobre los elementos comunes¹⁷⁰.

RUDA GONZÁLEZ¹⁷¹ alude a la figura de la «comunidad valenciana» consistente en transformar directamente una comunidad romana en una propiedad horizontal al amparo de la ficción de que cada comunero construye desde el inicio únicamente su piso o local sobre su cuota indivisa de solar como si hubiese una división de cosa futura. La denominación proviene del hecho de ser la Comunidad Autónoma valenciana donde se ha localizado la génesis de estos pactos y donde se han observado con mayor pureza, sin perjuicio de su convivencia con la falsa comunidad que de ella ha nacido.

En definitiva, en esta modalidad se está en presencia de una agrupación de autopromotores¹⁷², los cuales, según MONET Y ANTÓN¹⁷³, conforman una comunidad de bienes de tipo dinámico y societario cuya voluntad es construir en régimen de propiedad horizontal como propiedades separadas e independientes.

Esta comunidad de autopromotores está obligada durante la ejecución de las obras a prestar idénticas garantías a los futuros adquirentes que cualquier promotor inmobiliario, como se desprende de la Disposición Adicional Primera, apartado a), de la LOE¹⁷⁴.

conurrencia de diversos derechos de igual rango, con remotos precedentes en la "actio communi dividundo" romana, constituye facultad primordial en la cualidad de comunero, ya que nadie es compelido a permanecer contra su voluntad en comunión.

¹⁷⁰ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: ob. cit., pg. 180.

¹⁷¹ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 50.

¹⁷² SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 108 y 109, suscribe que el supuesto común de agrupación de autopromotores «lo constituyen varios interesados que, puestos de acuerdo, sobre un solar común, adquirido o que adquieren, conciertan la construcción del edificio, por administración o por contrata, y convienen la adscripción de los pisos en propiedad horizontal y separada en favor de cada uno de ellos».

¹⁷³ MONET Y ANTÓN, Fernando: ob. cit., pg. 22.

¹⁷⁴ El tenor literal del apartado a) de la Disposición Adicional Primera de la LOE es el siguiente: *La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de*

El aspecto más problemático que se anuda a la edificación a través de esta variante es el relativo a la responsabilidad de los copropietarios como promotores inmobiliarios¹⁷⁵, con independencia de la exigencia de responsabilidades entre los comuneros en sus relaciones *ad intra* que habrán de responder en el porcentaje equivalente a su participación en la comunidad. Un ejemplo de esta situación puede observarse en el Fundamento Jurídico Quinto de la STS (Sala 1ª) de 2 de diciembre de 1994¹⁷⁶:

De otra parte, si bien esa comunidad de bienes puede resultar obligada solidariamente con los demás intervinientes en el proceso constructivo, cuando se den los presupuestos fácticos del artículo 1591 del Código Civil, ello no ocurre así en cuanto a las relaciones internas entre los comuneros que responden de las obligaciones asumidas o impuestas o la comunidad en proporción a su participación (artículo 393.1 del Código Civil).

Otro ejemplo relativo a la responsabilidad de los conductores se aprecia en la STS (Sala 1ª) de 31 de enero de 2003¹⁷⁷ en la que se hace responder a la comunidad de autopromotores, aun quedando acreditado que sólo uno de ellos fuera el que llevase a cabo actividades promotoras *stricto sensu*. Sin embargo, el Alto Tribunal hace responder a todos los comuneros en virtud de su participación en el negocio constructivo, pues con la aportación de sus cuotas indivisas del solar se aseguraban idéntico porcentaje en los beneficios resultantes de la edificación, presumiéndose que las obras pudieron ser financiadas con recursos propios o ajenos.

Para finalizar este apartado resulta de interés la opción mantenida por MUÑOZ DE DIOS¹⁷⁸ para quien no se da la situación de comunidad cuando la contraprestación a percibir por los cedentes son pisos ya determinados porque, en ese caso, faltan los

viviendas con las siguientes modificaciones: a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. La Disposición Adicional Primera de la LOE ha sido modificada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, cuyo texto, entrará en vigor el 1 de enero de 2016, aunque sigue incluyendo en el apartado Uno.1., dentro del concepto de «promotor» obligado a cumplir con lo determinado en dicha norma respecto a las cantidades entregadas a cuenta, a quienes promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.

¹⁷⁵ NÚÑEZ MUÑOZ, Mª Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 85.

¹⁷⁶ RJ 1994, 9394.

¹⁷⁷ RJ 2003, 647.

¹⁷⁸ MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar...*, ob. cit., pág. 35.

requisitos básicos para la situación de comunidad: pluralidad de sujetos, unidad en el objeto y atribución de cuotas sin división de la casa en partes físicas determinadas.

III.3.2. Tipología de pactos sobre la edificación futura

Siguiendo a MONET Y ÁNTON¹⁷⁹, la clasificación respecto a los pactos que los comuneros pueden convenir para la construcción y posterior adjudicación de la futura edificación, es la siguiente:

1º) Comunidad con pacto de división futura: la totalidad de los condóminos deciden edificar en común, valiéndose de una contrata o de las aportaciones dinerarias que ellos fijen. Se establece el pacto de que la comunidad cesará cuando se haya finalizado el edificio, adjudicándose cada comunero la parte de lo ejecutado que se hubiera convenido. Se entiende que son supletorias las normas que regulan el contrato de sociedad. El inconveniente proviene por la imposibilidad de inscribir la obligación de edificar y la de dividir, según lo dispuesto en el art. 9 RH¹⁸⁰.

2º) Comunidad con pacto de división actual de cosa futura: sobre la base de una edificación ya comenzada se concierta un pacto de división actual de la cosa futura, procediendo a adjudicarse los departamentos del edificio y cesando la situación de condominio.

3º) Construcción por cada copropietario de sus pisos sobre la base de recíprocas concesiones superficiarias: pacto sobre la concesión recíproca entre los condueños de los respectivos derechos de superficie que ostentan sobre determinada altura y zona del edificio, como base para la autoconstrucción de sus elementos privativos.

¹⁷⁹ MONET Y ANTÓN, Fernando: ob. cit., págs. 25 y ss. Clasificación a la que atiende SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 116 a 118.

¹⁸⁰ El art. 9 RH establece: *No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento, o se tome anotación, cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley.*

4º) Construcción por cada condueño de su piso privativo sobre la base de recíprocas concesiones de derecho de edificación en propiedad: concesión recíproca de los copropietarios mediante acuerdo al respecto de sus respectivos derechos de edificación en propiedad sobre determinada altura y zona del edificio para autoconstruir su elemento privativo.

5º) Construcción por cada condueño del solar sobre la base de un convenio regulador del principio de accesión: pacto entre los condóminos al efecto de que cada uno de ellos edifique su propio piso, del cual llegará a ser propietario conforme a las normas de la accesión convenidas por todos.

6º) Edificación conjunta de los interesados y adscripción de las propiedades horizontales a los mismos en la escritura de declaración de obra nueva en tal régimen: supuesto típico de otorgamiento de escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, adjudicando la propiedad horizontal de los elementos construidos a cada uno de los miembros de la comunidad.

III.4. Sociedad civil

III.4.1. Consideraciones generales sobre la sociedad civil

Se trata de una forma de articular el contrato de aportación de solar por obra futura estrechamente ligada a comunidad de bienes, existiendo en la práctica verdaderas dificultades para discernir cuándo se está ante una comunidad o ante una sociedad civil¹⁸¹.

En el ámbito de la sociedad, los socios deciden emprender un negocio en común con la finalidad unánime y última de consecución de ganancias, haciendo frente todos

¹⁸¹ En este sentido SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 122 y RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 52.

ellos tanto a la aportación correspondiente de medios para llevarlo a cabo así como asumiendo la responsabilidad, las pérdidas o beneficios e incluso la dirección y el trabajo, todo ello en el marco establecido por el art. 1665 CC¹⁸².

III.4.2. La sociedad civil y el contrato de permuta de solar por obra futura

La doctrina y la jurisprudencia admiten la constitución de una sociedad civil¹⁸³ para llevar a cabo la edificación de un inmueble pese a la interpretación forzada que ha de hacerse en determinadas ocasiones del art. 1665 CC habida cuenta de que, en puridad, las ganancias se entiende que han de ser iguales (si no en cantidad, al menos en calidad), cuestión que parece no adaptarse con el carácter dinámico e imprevisible de una sociedad al conocerse anticipadamente la parte de edificación que corresponderá a cada socio.

Un caso muy elocuente es el que recoge la STS (Sala 1ª) de 26 de abril de 1988¹⁸⁴ en la que el Alto Tribunal resuelve un pleito acerca de la disparidad de criterio existente en torno a la liquidación de una operación societaria consistente en la aportación de un solar por una de las partes y la construcción de un edificio sobre el mismo por la otra, repartiéndose el producto de la venta de los locales construidos aunque con adjudicación directa al aportante del solar de alguno de dichos locales.

Los extremos problemáticos del recurso a la sociedad civil provienen de la responsabilidad que recae en el cedente del solar al equipararse con el promotor-constructor como agente interviniente en el proceso constructivo, con responsabilidad ilimitada cuando se trata de una comunidad de bienes o de una sociedad civil. Es evidente que al acoger esta modalidad el propietario del solar se sitúa en una posición

¹⁸² El art.1665 CC dispone: *La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.*

¹⁸³ MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar...*, ob. cit., pg. 16.

¹⁸⁴ RJ 1988, 3279. Resolución comentada por GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: “Comentario a la STS de 26 de abril de 1988”, en *CCJC*, nº 17, 1988, págs. 475 y ss. Otros ejemplos prácticos se observan en las SSTs (Sala 1ª) de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7026) y 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7676).

comprometida pudiendo verse obligado a responder de los defectos constructivos que se presenten frente a los terceros adquirentes conforme a la LOE haya sido el otro miembro de la sociedad el que haya ejecutado directamente las obras.

MUÑOZ DE DIOS¹⁸⁵ no considera que el contrato de permuta de solar por obra futura pueda calificarse como sociedad a pesar de que existen elementos aislados que provocan el «espejismo jurídico» de considerarla dentro de su género. En concreto, la denominación del contrato como «aportación» puede generar confusión respecto a situaciones propias de las sociedades. A su vez, —afirma— otro argumento para no asimilar ambos contratos es que habría que forzar el art. 1665 CC debido a que conocer con carácter previo qué piezas de obra futura corresponderán a cada una de las partes es contrario al desenvolvimiento cotidiano de una sociedad.

III.5. El contrato de cuentas en participación

III.5.1. Concepto

El contrato de cuentas en participación contrato queda perfectamente definido en el art. 239 CCom: *Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen.*

El contrato de cuentas en participación se caracteriza por no requerir de formalidad alguna para su constitución aunque es recomendable su constancia en escritura pública; no obstante, no se crea una personalidad jurídica nueva, por lo que no es inscribible en el Registro Mercantil. Junto a lo anterior es de destacar la inexistencia de un fondo común de bienes.

¹⁸⁵ MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar...*, ob. cit., págs. 31 y 32.

III.5.2. El contrato de cuentas en participación y el contrato de permuta de suelo por obra futura

El contrato de cuentas en participación utilizado como fórmula de cambio de solar por futura edificación funciona constituyéndose el dueño del suelo en partícipe, aportando el solar, siendo el constructor el que gestione, administre y coordine la ejecución de la edificación asumiendo toda la responsabilidad. Así configurado, el cesionario deberá entregar al cedente las ganancias líquidas obtenidas con la venta de lo edificado, de conformidad con la cuota que se haya fijado previamente en el contrato. Lógicamente, podría darse el caso de que los resultados fueran negativos, quedándose los cuenta-partícipes sin ningún beneficio¹⁸⁶.

III.6. Concesión al constructor de poder irrevocable

III.6.1. Notas generales sobre esta modalidad

En aquellos supuestos en que los contratantes pactan que el cedente retenga la propiedad del solar y se suscriba bien un contrato de arrendamiento de obra o se constituya un derecho de vuelo a favor del cesionario, el negocio jurídico puede ir acompañado de la concesión de un poder irrevocable al constructor englobando todas las facultades necesarias para llevar a cabo la construcción¹⁸⁷. Usualmente tales facultades comprenden la solicitud de cuantas licencias y permisos sean preceptivos para el comienzo y buena gestión de la edificación, la facultad de vender los inmuebles en construcción, la redacción de proyectos técnicos así como el otorgamiento de las escrituras de obra nueva y división horizontal.

¹⁸⁶ En contra de su consideración como contrato de cuentas en participación aparece MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar...*, ob. cit., págs. 37 y 38.

¹⁸⁷ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 81.

La STS (Sala 1ª) de 20 de abril de 1981¹⁸⁸ recoge un supuesto de concesión al cesionario-constructor de un poder irrevocable hasta la finalización de la edificación. El TS ha considerado que el contrato objeto del pleito no tiene carácter mixto de permuta y arrendamiento de obra, coordinados ambos por un mandato o apoderamiento. Según el Alto Tribunal, se trata del segundo de tales contratos o contrato de empresa, como se desprende de la causa del contrato para las partes: entrega de un terreno, con el natural desplazamiento posesorio que ello significa para que se realice la construcción del edificio, quedarse los cedentes con parte del mismo y dejar el resto de lo edificado como pago de la contraprestación o precio del arrendamiento de obra convenido.

IV. TIPOLOGÍA JURÍDICO-REAL

IV.1. El derecho de superficie

IV.1.1. Concepto y delimitación

ROCA SASTRE¹⁸⁹ define el derecho de superficie como el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente, dejando sentado que «constituye uno de los dispositivos posibilitadores de la propiedad separada y la manifestación típica de la propiedad horizontal».

¹⁸⁸ RJ 1981, 1658. Otras resoluciones sobre esta modalidad son las SSTS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 7973) y 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8537).

¹⁸⁹ ROCA SASTRE, Ramón Mª: “Ensayo sobre el derecho de superficie”, en *RCDI*, nº 392-393, enero-febrero 1961, págs. 7 y 8. Véase, asimismo, LUQUE JIMÉNEZ, Mª Carmen: “Configuración registral del subsuelo disociado del suelo”, en *RCDI*, nº 720, agosto, 2010, pág. 703 y CÁMARA ÁGUILA, Mª del Pilar: “El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual”, en *RCDI*, nº 648, septiembre-octubre 1998, pág. 1623; IGLESIA MONJE, Mª Isabel de la: *Derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996; MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los: *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Manual de Derecho Urbanístico*, 20ª edición, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007, págs. 204 y ss. y ALONSO PÉREZ, Mª. Teresa: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.

El derecho de superficie puede constituirse sobre finca ajena, ya esté la misma edificada o no, quedando al margen de la polémica doctrinal que sobre el mismo aspecto ha envuelto al derecho de vuelo por exceder del objetivo del presente trabajo¹⁹⁰.

Al dueño del suelo se denomina «concedente» y al titular del derecho de superficie «superficiario». Puede materializarse en negocios jurídicos *inter vivos* o *mortis causa* e incluso adquirirse por usucapión.

Con esta configuración, el superficiario consigue edificar con un menor coste, mientras que el dueño del suelo cuenta con la ventaja añadida de que no transmite el mismo¹⁹¹.

El derecho de superficie constituye uno de los supuestos de derogación del ancestral principio *superficies solo cedit* del art. 358 CC¹⁹². Según el referido aforismo, aquellas construcciones o plantaciones existentes sobre una finca pertenecen al propietario de la misma, presumiéndose *iuris tantum* que han sido ejecutadas por él. En definitiva, viene a enmarcarse dentro de uno de los mecanismos que la doctrina ha denominado como «propiedad separada», siendo la propiedad horizontal¹⁹³ su plasmación más diáfana en la actualidad.

No obstante lo anterior, existe algún fallo jurisprudencial que afirma que, dada su temporalidad, no se han consumado los originarios resultados optimistas previstos

¹⁹⁰ Todas estas consideraciones se recogen en ALONSO PÉREZ, M^a Teresa: “Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación”, en *RCDI*, nº 665, mayo-junio 2001, pág. 1021 y ss.

¹⁹¹ Así IGLESIA MONJE, M^a Isabel de la: “Duración del derecho de superficie urbano”, en *Actualidad Civil*, nº 2, 1996, pág. 464.

¹⁹² Un destacado resumen de la evolución del derecho de superficie desde el Derecho romano se contiene en BENAVIDES DEL REY, José Luis: “El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos”, en *RCDI*, nº 610, mayo-junio 1992, págs. 1241 a 1245. Asimismo, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: “*Superficies solo cedit*: un principio (natural) en crisis (económica)”, en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Coordinadores: Francisco de Paula Blasco Gascó y otros, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 573 y ss.

¹⁹³ VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, Antonio: *Derecho de la edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal (Estudio sobre la legislación vigente)*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 23, afirma que la clave de bóveda que subyace en los derechos de construcción sobre finca ajena (también en el derecho de vuelo) es la consideración de éstos como medios para llegar, bien a la propiedad superficiaria, bien a la propiedad horizontal, articulados en la plasmación jurídica de mecanismos que extraigan toda la rentabilidad posible para las partes intervinientes a los terrenos edificables.

para esta figura. Los argumentos de estas resoluciones se centran en el hecho de que, en un altísimo porcentaje de los casos, la obra ejecutada consiste en un bloque de viviendas en propiedad horizontal de ingente presupuesto y vocación de permanencia, lo que chocha frontalmente con el carácter temporal de este derecho¹⁹⁴.

IV.1.2. Regulación normativa

El CC no regula expresamente el derecho de superficie aunque hay menciones directas e indirectas al mismo en los arts. 350, 1611 y 1655 CC¹⁹⁵.

La LS de 1956 establece una regulación más detallada del derecho de superficie en su vertiente urbanística. En este texto legal, el legislador otorgó relieve al derecho de superficie dada su utilidad al efecto de promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a las Administraciones Públicas y negándose al mismo un carácter perpetuo desde el primer momento. Su propia Exposición de Motivos reconocía que el fomento de la edificación *no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos; basta la constitución del derecho de superficie*.

*El Decreto 393/1959, 17 marzo, de modificación de determinados arts. del Reglamento para la ejecución de la LH, concedió una nueva redacción al art. 16.1 RH, relativo al derecho de superficie*¹⁹⁶. Este precepto fue reformado, a su vez, por el RD

¹⁹⁴ Véase la STS (Sala 3ª), de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992, 3384). El Fundamento Jurídico Quinto de la apuntada resolución hace mención de las peculiaridades comentadas: *Aunque la asunción por las Leyes del Suelo [art. 157 de la Ley de 12-5-1956, art. 171 de la 9-4-1976] de esta técnica jurídica, encuadrada dentro de un Capítulo dedicado al fomento de la edificación, no haya ofrecido los resultados apetecidos, sin duda porque edificar en suelo que, al fin y al cabo, es ajeno, no despierta demasiada confianza, sin duda porque las edificaciones actuales, sobre todo en las grandes ciudades, se materializan en ingentes bloques de viviendas, de elevado presupuesto, y contruidos pensando en una duración indefinida, sin embargo, ello no ocurre en el caso que nos ocupa, en que lo construido es un simple Kiosco, como base de un negocio, que, al ofrecer una duración de cincuenta años, se considera suficiente, como margen de comercialidad.*

¹⁹⁵ Para ROCA SASTRE, Ramón M^a: ob. cit., pág. 12, apostilla que el CC ha pasado por alto el derecho de superficie y aunque se diga que el art. 1611 CC menciona al mismo realmente no es así porque dicho precepto no se refiere el derecho de superficie en sentido técnico, sino, como máximo, al tipo medieval absorbido por la enfiteusis. Sin embargo, BENAVIDES DEL REY, José Luis: ob. cit., pág. 1244, considera que, siendo cierto que el derecho de superficie no posee una regulación específica en el CC, excepto la vaga referencia del art. 1611, existen suficientes elementos legales para poder llevar a cabo una construcción jurídica unitaria. Expresión concreta de la inexistencia de referencia expresa al derecho de superficie en el CC se constata en IGLESIA MONJE, M^a Isabel de la: “El nuevo derecho de superficie”, en RCDI, n^o 712, marzo-abril 2009, pág. 670.

¹⁹⁶ El texto del art. 16.1 RH, según el Decreto 393/1959 es el siguiente: *1.º Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias generales necesarias para la inscripción, las siguientes: A) Plazo de duración del derecho de*

1867/1998, de 4 de septiembre¹⁹⁷, aunque dicha reforma fue anulada por la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001¹⁹⁸

La posterior LS de 1975 recogió el concepto de disociación de propiedades antes mencionado, ensalzando las virtudes de su utilización tanto desde el punto de vista de los particulares como de los suelos públicos¹⁹⁹. Después, la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del suelo junto al posterior RDL 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, varió la línea normativa con tratamiento diferenciado para el derecho de superficie cuando éste era constituido por entidades públicas o particulares. Seguidamente, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, mantuvo el eje básico de la normativa preexistente²⁰⁰.

superficie, que no excederá de 50 años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario. B) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido. C) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales, destino y costo del presupuesto. D) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario. E) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato. No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso.

¹⁹⁷ El art. 16.1 RH conforme a lo dispuesto en el RD 1867/1998 quedó redactado de la siguiente forma: *1. Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, las siguientes: a) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el concedido entre particulares. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie. No obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal. b) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso. c) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito. d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario. e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato. No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso.* Para profundizar sobre la reforma del art. 16.1 RH, según la redacción concebida por el RD 1867/1998 véase CÁMARA ÁGUILA, Mª del Pilar: “Derecho de superficie urbano: breves consideraciones acerca de la reforma del art. 16 del RH por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre”, en *RCDI*, nº 649, noviembre-diciembre 1998, págs. 2003 a 2010.

¹⁹⁸ RJ 2001, 1083.

¹⁹⁹ En relación al derecho de superficie, la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 2 de mayo de 1975, reza: *El derecho de superficie como fórmula de disociación de la propiedad y uso del suelo es una figura que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política del suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos se obtienen éstos a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario o en otras actividades productivas para atender a las necesidades de la demanda. Representa también un estímulo para la movilización del suelo por los propietarios privados, que pueden así poner en el mercado estos bienes a disposición de los promotores sin renunciar a su recuperación futura con la revalorización correspondiente. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés. Desde la perspectiva de los patrimonios públicos de suelo, el derecho de superficie puede y debe ser un instrumento mediante el que, cada vez más, se procure que el derecho de propiedad sobre el suelo urbano, una vez que entre en la esfera patrimonial de la Administración, no salga de la titularidad pública; el incremento no sólo en espacio, sino en el tiempo, de los patrimonios públicos de suelo, debe seguir siendo pieza clave de la política urbanística.*

²⁰⁰ Un análisis de este concreto momento de la evolución del derecho de superficie se contiene en IGLESIA MONJE, Mª Isabel de la: “El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones y la

En este sentido, conviene hacer previamente una digresión en el sentido de hacer mención a la clásica divergencia doctrinal sobre la naturaleza dualista del derecho de superficie, la cual diferenciaba un derecho de superficie «urbano» común como herramienta con la que contaban los particulares para articular esta clase de contratos sobre suelos de su propiedad, frente al derecho de superficie de naturaleza «urbanística» como instrumento al servicio de la Administración para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas, debiendo someterse de manera imperativa a los preceptos de la LS. Así, el art. 287 del TRLS de 1992, regulaba tanto el derecho de superficie de las personas públicas como el de los particulares. No obstante, el art. 40.2, *in fine* del TRLS²⁰¹, aprobado por RDL 2/2008²⁰², puso fin a la teoría dualista y unifica el régimen a tener en cuenta respecto al derecho de superficie clásico y el urbanístico, con independencia de que el propietario del suelo sea público o privado.

Contrasta la inexistencia de regulación específica en el CC con el Derecho civil de Cataluña y de Navarra en los que sí que se ha encontrado un lugar para el derecho de superficie.

En Cataluña se contempló por primera vez en la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, texto que regulaba los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente. Esta Ley fue derogada por el CC de Cataluña —Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del CC de Cataluña, relativo a los derechos reales—, quedando enmarcado el derecho de superficie en los arts. 564.1 a 564.6 del mismo. Sus notas distintivas son la mención específica a la propiedad separada del

reforma del Reglamento Hipotecario”, en *RCDI*, nº 650, enero-febrero 1999, págs. 31 y ss. También puede consultarse AMENGUAL PONS, Pedro José: “El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria”, en *RCDI*, mayo-junio 1979, págs. 631 a 636.

²⁰¹ El RDL 7/2015, de 31 de octubre de 2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, regula el derecho de superficie en el art. 53.1 con idéntico tenor literal, precepto que entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE.

²⁰² Véase sobre el tema CÁMARA ÁGUILA, M^a del Pilar: ob. cit., págs. 1627 y ss. Por su parte, EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles: “La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio: situación de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 45, enero-junio 2008”, págs. 12 y 13, suscribe que la actual regulación incide sobre el derecho de superficie de manera concluyente con el ánimo de atajar la larga discusión que desde hace casi medio siglo se viene manteniendo acerca de la configuración y aplicación de la normativa administrativa de dicho derecho.

suelo y de lo edificado así como la atribución de carácter constitutivo a su otorgamiento en escritura pública²⁰³.

Asimismo, se reconoce la capacidad para su constitución tanto a los propietarios del suelo como a aquellos titulares de derechos reales posesorios que tengan la libre disposición de la finca afectada. Por último, destacar la plasmación legal de la posibilidad de que las partes establezcan un régimen jurídico voluntario, es decir, que establezcan pactos acerca del uso de lo edificado o plantado referentes a la fijación de una pensión periódica a favor de los propietarios que no puede garantizarse con el mismo derecho de superficie si los superficiarios hacen una nueva construcción; sobre el régimen liquidatorio de la posesión una vez extinguido el derecho; sobre la fijación del plazo para hacer la construcción o plantación, con eficacia resolutoria o extintiva a su incumplimiento, operando la reversión; acerca de la atribución al propietario de la finca, de ejecutarse una nueva construcción, de un derecho de uso sobre las viviendas o locales integrados en la misma y, por último, la atribución a los superficiarios de la facultad de establecer el régimen de propiedad horizontal, en caso de nueva construcción de un edificio al que pueda aplicarse este régimen.

En lo tocante a Navarra²⁰⁴, los arts. 427 a 434 de la Compilación de Derecho civil Foral se dedican al derecho de superficie y otros derechos similares, consignando el primero de esos preceptos la derogación del principio *superficies solo cedit* en el derecho de superficie, derecho de sobreedificación y subedificación, de propiedad horizontal y de plantación. Igualmente, se incluye la mención a la figura de la propiedad separada²⁰⁵, debiendo destacarse como especialidades la posibilidad de constitución del mismo por tiempo determinado o a perpetuidad, incluso presumiéndose esto último si

²⁰³ El artículo 564.1 establece que: *La superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace.*

²⁰⁴ Para profundizar en la regulación de esta institución en Navarra véase EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles: ob. cit., págs. 34 a 41.

²⁰⁵ El art. 430 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra dispone: *El derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido. Este derecho puede referirse también a edificación subterránea.*

no se dice lo contrario. A su vez, cabe reseñar la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad aunque no se determinen los elementos accidentales, como plazo de iniciación o terminación, características, presupuestos, mejoras, usos, explotación, destino o conservación de la obra a realizar. Y, por último, destacar que, salvo disposición en contrario, la enajenación del derecho de superficie no da lugar a tanteo y retracto, que el régimen de propiedad horizontal constituido por el superficiario no se extiende al suelo y que el derecho no se extingue por destrucción del edificio, pudiendo el titular reedificar.

IV.1.3. Características del derecho de superficie

Las características definatorias del derecho de superficie son las siguientes:

1º) Su válida constitución exige formalización en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, la jurisprudencia ha resuelto sobre la no obligación de escrituración e inscripción del derecho de superficie cuando es constituido por particulares sin perseguir finalidades de interés social; sí, en cambio, serán requisitos constitutivos ineludibles cuando se trate de actuaciones administrativas en persecución de objetivos de interés público, como corroboran las SSTs (Sala 1ª) de 15 de junio de 1984²⁰⁶ y de 26 de noviembre de 2002²⁰⁷.

2º) Únicamente puede constituirse por el propietario del suelo, bien a título oneroso²⁰⁸, bien a título gratuito. Aquí se halla la conexión directa con el contrato objeto

²⁰⁶ RJ 1984, 3243.

²⁰⁷ En concreto, la STS (Sala 1ª) de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9935) solventa el litigio existente entre un particular y una asociación de propietarios de chalets y parcelas solicitando el primero la declaración de nulidad de un contrato de cesión de derecho de superficie por carecer de objeto, ya que el derecho no se constituía sobre una parcela de la asociación sino sobre un local, por carecer de causa ante la imposibilidad administrativa de destinar el local a la finalidad prevista y, por último, por carecer de forma al considerar como requisito esencial la inscripción en el Registro de la Propiedad. El Alto Tribunal resuelve sosteniendo que no se exige la inscripción en el Registro del derecho de superficie con carácter constitutivo del mismo en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que recoge el art. 1278 C.C. Así, aunque el derecho de superficie carece de regulación expresa en Derecho común, se reconoce el mismo por su mención en el art. 1611.3 C.C., la aplicación del principio de autonomía de la voluntad y la admisión del sistema de *numerus apertus* en la creación de derechos reales. En definitiva, en el presente caso, el TS concluyó que al no rebasar el contrato los intereses particulares de las partes en conflicto no es preceptiva la inscripción en el Registro de la Propiedad. Para profundizar sobre la tesis monista o dualista del derecho de superficie véase: ALONSO PÉREZ, Mª Teresa: “Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista”, en *RCDI*, nº 680, noviembre-diciembre, 2003, págs. 3085 y ss.

²⁰⁸ Un profuso estudio sobre la contraprestación en el derecho de superficie se muestra en el trabajo de ALONSO PÉREZ, Mª Teresa: “La contraprestación o precio en el derecho de superficie”, en *RCDI*, nº 712, marzo-abril 2009, págs. 619 y ss. En

del presente estudio al poder consistir esta contraprestación en una suma de dinero a tanto alzado, una suma periódica, la adjudicación de diferentes fincas en una obra futura o en un porcentaje de edificabilidad, derechos de arrendamiento o, incluso, en la fusión de varias modalidades de las anteriores.

3º) La reversión a favor del dueño del suelo de cuanto se haya construido o plantado, llegado el plazo pactado.

4º) La posibilidad de transmitir y gravar el derecho de superficie, según los límites que se recojan en el título constitutivo. Incluso, si las características de la construcción lo admiten, el superficiario puede constituir la propiedad horizontal, transmitiendo y gravando fincas independientes durante el plazo temporal fijado, todo ello sin necesidad de consentimiento del dueño del suelo; lógicamente, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, en el título constitutivo se podrán incluir cláusulas relativas a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo. Derecho a transmitir y gravar la propiedad del suelo separadamente del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al dueño del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, excepto que se haya incluido previamente en el derecho de superficie.

IV.1.4. El derecho de superficie y el contrato de permuta de solar por obra futura

El derecho de superficie como recurso para formalizar un negocio de aportación de solar a cambio de futura edificación se configura mediante la cesión al superficiario del derecho a edificar, pactándose que una vez finalizada la edificación revierta al dueño del suelo parte de la obra ejecutada²⁰⁹, otorgándose entonces la escritura de obra

particular, interesan al objeto del presente estudio las págs. 653 y ss. relativas a la adjudicación de viviendas y/o locales como precio por la constitución del derecho de superficie. También SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 176 y 177.

²⁰⁹ Se establece un pacto de reversión parcial de la edificación a favor del propietario del solar como señalan PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 79; RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 40 y 41 y GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, César: “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*

nueva terminada y constitución del régimen de propiedad horizontal²¹⁰. Fruto de la autonomía de la voluntad surgirá el reparto de las piezas futuras de edificación que corresponderán a cedente-concedente y a constructor-superficiario, con sujeción a los límites temporales que establece el primer párrafo del art. 40.2 TRLS: 75 años cuando es la Administración Pública la que concede el derecho de superficie ó 99 años cuando el negocio jurídico se articula entre particulares.

Según se señaló con anterioridad, esta modalidad confiere ventajas a ambas partes pues el cedente conserva la propiedad del solar durante la ejecución de la obra mientras que el constructor-cesionario ahorra en costes de adquisición del suelo al devolver su contraprestación en especie una vez finalizada la edificación, sin perjuicio de la articulación de formas mixtas en las que pueda mediar cierta cantidad de dinero.

El obstáculo que un promotor-constructor inmobiliario puede encontrar para aceptar suscribir el negocio jurídico bajo la fórmula del derecho de superficie se encuentra en la negativa de las entidades bancarias a financiar la edificación, a pesar de que el art. 107.5º LH admite la posibilidad de que el derecho de superficie pueda ser objeto de hipoteca.

IV.2. El derecho de sobreedificación y subedificación

IV.2.1. Concepto y delimitación

El derecho de sobreedificación y subedificación goza de una importancia nuclear en el contrato objeto de la presente investigación²¹¹. No sólo adquiere relevancia por

de Derecho Registral, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, pág. 495 y ss. y PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: “El derecho de superficie”, en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Coordinadores: López y López, Ángel y Vicente Montés Penadés, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 600.

²¹⁰ FOSAR BENLLOCH, Enrique: “Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie”, en *ADC*, 1958, fascículo III, pág. 853, efectúa una sugerencia de lege ferenda postulando una reforma del art. 8.4 LH que consagrara la inscribibilidad separada del derecho de superficie como de cada uno de los planos horizontales en que el edificio se divide.

²¹¹ No en vano, ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación, Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 657, destaca que el derecho de vuelo puede que constituya la más característica de las situaciones de prehorizontalidad.

constituirse de inicio como un derecho real en cosa ajena, al igual que sucede con el derecho de superficie, sino que a la facultad de edificar en suelo ajeno se que el titular del derecho a sobre o subedificar adquiere el pleno dominio definitivo de lo edificado.

Conocido en la práctica como «derecho de vuelo» o «derecho de levante», se trata de un derecho real sobre cosa ajena con vocación de dominio, el cual permite elevar una o más plantas sobre un edificio o realizar construcciones bajo el suelo, configurándose su titular como dueño independiente y sin ninguna limitación de lo construido²¹². Al igual que el derecho de superficie supone una derogación voluntaria del principio de accesión siendo su característica más destacada que el derecho propiedad que resulta del mismo es de duración indefinida. Aparece conformado como un derecho de propiedad ordinaria sometida al régimen de propiedad horizontal, de tal forma que, al adquirirse la propiedad de la construcción ejecutada, se constituye una comunidad con el resto de propietarios sobre los elementos comunes del edificio, disolviéndose el derecho de sobreedificación o subedificación.

Por su claridad de exposición y definición del derecho de vuelo, se reproduce el Fundamento Jurídico Tercero de la RDGRN de 11 de febrero de 2015²¹³:

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Hemos de tener en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho de carácter siempre urbano que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el derecho de superficie. En el derecho de vuelo, por el contrario, la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un elemento común. Tiene su regulación en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, que tras la reforma de 4 de septiembre de 1998 dispone que el 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

²¹² SOTO BISQUERT, Antonio: “El derecho de vuelo”, en *RCDI*, nº 485, julio-agosto 1971, págs. 931 a 939; IGLESIA MONJE, M^a Isabel de la: “Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del derecho de elevación) (1)”, en *RCDI*, nº 659, mayo-junio 2000, pág. 2008; LUQUE JIMÉNEZ, M^a Carmen: “Configuración registral...”, ob. cit., págs. 704 y 705; CORVO LÓPEZ, Felisa M^a: *El derecho de sobreedificación y subedificación, y su integración en el régimen de propiedad horizontal*, Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de España, Madrid, 2010, págs. 43 y 44; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: “¿Inadmisibilidad legal del derecho de elevación del art. 16.2º del Reglamento Hipotecario? Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 1999”, en *Revista de Derecho Privado*, mayo, 2000, págs. 431 y ss. y ALONSO PÉREZ, M^a. Teresa: *La construcción en finca ajena...*, ob. Cit., págs. 254 y ss.

²¹³ RJ 2015, 1217.

de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. Pero esta normativa fue posteriormente derogada en parte, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001. En la inscripción se harán constar las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento y las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción. Así pues, es un derecho real en cosa ajena con vocación de ser un derecho perpetuo, que nace limitado para convertirse en una cotitularidad dominical. Su origen es una comunidad inicial que culmina necesariamente en un régimen de propiedad horizontal.

IV.2.2. Regulación normativa

Se regula positivamente por primera vez²¹⁴ en el art. 16.2 RH, establecido mediante el Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modificaban determinados arts. del RH²¹⁵. Como dispone la Exposición de Motivos del referido Decreto, se da cauce por primera vez al derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o realizar construcciones bajo su suelo sin constituir derecho de superficie, significándose que se ha tenido muy presente, además del Derecho comparado y de las aportaciones doctrinales, la experiencia práctica de los notarios y registradores al autorizar y calificar pactos de tal especie, dando respuesta a una realidad necesitada de reflejo legal, concluyendo que se ha dado un paso más en la lucha por la vivienda²¹⁶.

²¹⁴ SOTO BISQUERT, Antonio: ob. cit., pág. 924, refrenda que el fundamento del derecho de vuelo se encuentra en la necesidad de viviendas, extremo que se traduce buscar la posibilidad de construir nuevas plantas sobre edificios ya existentes.

²¹⁵ El original art. 16 RH, tras la reforma del Decreto 393/1959 rezaba: 1º) *Para su eficaz constitución, deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias generales necesarias para la inscripción, las siguientes: A) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario. B) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular, la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo expirar el plazo convenido. C) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales, destino y costo del presupuesto. D) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario. E) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato. No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso. 2º) El 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, será inscribible conforme a las normas del número tercero del art. 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación. b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción.*

²¹⁶ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., pág. 658, confirma que, efectivamente, en 1959, la institución de la propiedad horizontal había proliferado en España hasta tal punto que la mayoría de los edificios destinados a viviendas se organizaban bajo este régimen jurídico. De ahí que con el Decreto 393/1959, anterior a la publicación de la LPH, se consideró conveniente introducir un precepto que regulara la posibilidad de que sobre un edificio ya existente, y constituido en propiedad horizontal, se edificaran nuevas plantas sobre o por debajo de las ya realizadas, significando un avance dentro de la técnica de la división vertical del dominio.

El RD 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificaban determinados arts. del RH, estableció la siguiente redacción a los apartados b) y c) del art. 16 RH: *b) determinación del número máximo de plantas a construir y c) el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no podrá exceder de diez años.*

Posteriormente, este precepto ha sido anulado parcialmente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. Concretamente, el apartado 2.c), fue declarado nulo por la STS (Sala 3ª), de 24 de febrero de 2000²¹⁷ y los apartados 1º y 2.b) del art. 16 por la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001²¹⁸.

El art. 26.5 del RDL 7/2015, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, incluye una breve referencia al derecho de vuelo²¹⁹, precepto dedicado a la formación de fincas o parcelas y a la relación entre ellas, sin que el CC contenga mención alguna al mismo.

En el ámbito de las legislaciones autonómicas, aparece contemplado expresamente en los arts. 435 a 442 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, sin que difiera sustancialmente de las referencias existentes en Derecho Común. El art. 435 lo define como: *Los derechos reales de sobreedificación y subedificación conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, respectivamente, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad. Ejercicio.- Para su ejercicio se requiere siempre, además de la correspondiente aprobación administrativa, la determinación de los derechos sobre los elementos comunes del inmueble, en relación con la naturaleza de la obra, la seguridad del edificio y las limitaciones legales. En todo caso, los propietarios,*

²¹⁷ RJ 2000, 2888. Resolución comentada por DÍAZ FRAILE, Juan Mª: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario”, en *RCDI*, nº 665, mayo-junio 2001, págs.1185 y ss.

²¹⁸ RJ 2001, 1083.

²¹⁹ El citado precepto dispone: *Cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público se constituirá un complejo inmobiliario en el que aquéllas y ésta tendrán el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público. Tales fincas podrán estar constituidas, tanto por edificaciones ya realizadas, como por suelos no edificados, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación.*

arrendatarios u otros usuarios del edificio deberán ser indemnizados de los daños y perjuicios que ocasione el ejercicio de estos derechos.

Por su parte, los arts. 567-1 a 567-7 del Libro V del CC catalán regulan el derecho de vuelo, conceptuándolo el primero de estos preceptos como: *1. El vuelo es el derecho real sobre un edificio o un solar edificable que atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suya la propiedad de las nuevas construcciones. Los preceptos del presente capítulo son de aplicación al derecho de subedificación. 2. El ejercicio del derecho de vuelo comporta la legitimación para hacer construcciones, de acuerdo con el título de constitución y el planeamiento urbanístico.*

IV.2.3. Características del derecho de sobreedificación y subedificación

La doctrina científica ²²⁰ sintetiza las características del derecho de sobreedificación y subedificación en las siguientes:

1º) Es un derecho real limitado, que en su fase inicial recae sobre finca ajena, el cual puede ejercerse sin la intervención de terceros y que faculta a su titular para ejecutar una construcción determinada en un espacio concreto y hasta un límite preestablecido. Esta facultad de edificar no supone la atribución del subsuelo o del vuelo a su titular sino únicamente el derecho a aumentar el número de plantas, requiriéndose *a priori* la determinación de cuántas plantas se llevarán a cabo.

2º) Supone la transformación de los elementos edificados en derechos de propiedad sobre los mismos y la integración del edificio en el régimen de propiedad horizontal mediante la correspondiente determinación de las cuotas. El titular del

²²⁰ Véase al respecto, entre otros, BALLESTEROS ALONSO, Manuel: “Derecho de vuelo”, en *RCDI*, nº 612, septiembre-octubre 1992, pág. 2056; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: “El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento (Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)”, en *RCDI*, nº 664, marzo-abril 2001, págs. 682 y ss. CORVO LÓPEZ, Felisa M^a: *El derecho de sobreedificación...*, ob. cit., págs. 45 y 46.

derecho de sobreedificación y subedificación ostentará, por ende, la copropiedad de los elementos comunes conforme a su cuota.

3º) No es requisito constitutivo del derecho de sobre y subedificación su inscripción en el Registro de la Propiedad. No obstante si se pretende la protección tabular, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16.2 RH, deberá constar en el título las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su determinación así como las normas de régimen de comunidad, si se señalan, para el caso de hacer la construcción.

IV.2.4. Constitución del derecho de sobreedificación o subedificación

La constitución del derecho a sobreedificar o subedificar se puede llevar a efecto mediante negocios jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*, con carácter gratuito o con carácter oneroso, por vía de reserva o cesión del derecho, conservando el concedente la propiedad del suelo y de lo ya edificado o por vía de transmisión de la totalidad de la finca, reservándose entonces la propiedad sobre lo ya construido.

Conditio sine qua non para la constitución de este derecho es la existencia del régimen de propiedad horizontal, conformado previamente, o con posterioridad a la finalización de la ejecución de la construcción, de tal forma que, finalizado todo el proceso, resulten fincas independientes. Obvia decir que en el supuesto de constitución de un derecho de vuelo sobre un elemento común de una finca que pertenezca en copropiedad a toda la Comunidad de propietarios, será requisito ineludible la unanimidad de todos ellos.

Yendo más allá, la RDGRN de 5 de febrero de 1986²²¹, ha admitido una configuración diferida del derecho, entendiendo por tal la constitución del mismo sobre un inmueble aún por construir, simplemente proyectado, y condicionado a que

²²¹ RJ 1986, 1006.

efectivamente, se concluya la ejecución de la finca. En el mismo sentido encontramos la referencia al *inmueble que se construyere* en el art. 435 *in fine* de la Compilación Navarra.

IV.2.5. El derecho de sobreedificación y subedificación y el contrato de permuta de solar por obra futura

La característica fundamental del derecho de sobreedificación y subedificación es la creación de una situación de propiedad separada o disociación jurídica del dominio, que genera una comunidad sobre el suelo conformada por el cedente como constituyente del derecho de sobre o subedificación y el constructor-cesionario, titular del mismo, el cual podrá edificar en finca ajena adquiriendo la propiedad perpetua de la contraprestación establecida.

El hecho de que se prescinda del requisito de la *traditio* para efectuar la entrega de los inmuebles futuros al ser éstos adquiridos por accesión en proporción a las cuotas resultantes del suelo, es ensalzado por parte de la doctrina para proponer al derecho de vuelo como alternativa a la configuración tradicional o clásica del contrato de permuta de suelo por obra futura²²².

Asimismo, hay que poner en valor el hecho de que la referida propiedad separada protege al cedente de los incumplimientos del cesionario-constructor, quien sí verá comprometida su cuota-parte en el negocio jurídico estipulado.

Resulta sumamente interesante la defensa efectuada por ARNÁIZ EGUREN²²³ respecto a que la posición más defendible sobre la naturaleza jurídica del derecho de vuelo es la de un supuesto de «comunidad especial», recordando a la contemplada en el art. 13 RH, conforme a la redacción de la que le dotó el RD 1867/1998. Para este jurista,

²²² ALONSO PÉREZ, M^a Teresa: “Una alternativa al contrato...”, ob. cit., págs. 1077 y 1078.

²²³ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., págs. 662 y 663.

si se contempla este derecho como una situación especial sobre el inmueble que culminará necesariamente en una comunidad en régimen de propiedad horizontal, es evidente que la situación anterior conlleva el nacimiento de una comunidad en la que confluyen diferentes titulares sobre un único objeto: el titular del edificio construido en varias plantas o pisos o, en su caso, de los titulares de los elementos privativos resultantes de la constitución del régimen de propiedad horizontal sobre dicha finca y el titular del derecho de sobreedificación o subedificación, que recaería sobre el espacio volumétrico.

Por último, debe resaltarse que la disociación del dominio conlleva que los contratantes puedan transmitir sus derechos sobre la finca y, lo que resulta especialmente importante a los efectos del contrato objeto de estudio, el derecho de vuelo podrá hipotecarse para obtener la financiación necesaria para acometer el proyecto constructivo de que se trate, aunque cabe objetar idéntico obstáculo en este ámbito que al derecho de superficie debido a que esta posibilidad requerirá del previo beneplácito de la entidad financiera.

IV.2.5.1. Modalidades del derecho de sobreedificación y subedificación en relación con el contrato de permuta de solar por obra futura

IV.2.5.1.1. Cesión al constructor del derecho de sobreedificación o subedificación a cambio de obra futura

La cesión al constructor del derecho de vuelo a cambio de obra futura opera reservándose el dueño del solar la propiedad del mismo hasta el momento en el que se otorga la escritura de obra nueva y división horizontal, cediendo al constructor-cesionario un derecho a edificar sobre todo o parte de su finca. Al otorgamiento de la referida escritura deberán concurrir ambas partes, pasando a ser copropietarios en régimen de propiedad horizontal.

El titular del derecho de vuelo adquiere la propiedad de modo originario y definitivamente. Por su parte, el propietario de solar adquiere por accesión los departamentos convenidos con el constructor quien actúa frente al primero como un contratista de obras, constituyendo las piezas de edificación que recibe el cedente la contraprestación por la cesión del derecho de vuelo²²⁴.

La principal ventaja que subyace en esta configuración es el mantenimiento por parte del cedente de la propiedad de su solar durante todo el período de ejecución de las obras, manteniéndose al margen de toda responsabilidad derivada del proceso constructivo.

Como apunta ARNAU MOYA²²⁵, esta modalidad puede plantearse mediante la cesión del suelo a cambio de departamentos a construir ó sobre un edificio ya construido. Dentro de este primer subgrupo puede destacarse la STS (Sala 1ª) de 27 de junio de 1992²²⁶, en la que se resuelve un conflicto en torno a un contrato privado en el que se pactó que el propietario de un solar cedía a dos personas los derechos de elevación sobre el solar a cambio del 50% de la planta baja.

Otro ejemplo lo proporciona la STS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 1991²²⁷ en la que consta que los contratantes concertaron un «contrato de compraventa de vuelos intermedios con pago en obra a construir», mediante el que los dueños de la parcela cedían una finca antigua en la que algunas de sus dependencias se hallaban arrendadas. Por su parte, el constructor, se obligaba a gestionar el desalojo temporal de los arrendatarios con su correspondiente derecho de retorno, a demoler la citada finca y a construir nuevas edificaciones con seis plantas de viviendas a una de las calles y de

²²⁴ Véase PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 74 y RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 37 y 38.

²²⁵ ARNAU MOYA, Federico: “Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra futura”, en *RDP*, nº 22/2009 (BIB 2009\80), págs. 7 y 8.

²²⁶ RJ 1992, 5562.

²²⁷ RJ 1991, 7973. Otros ejemplos pueden observarse en las SSTS (Sala 1ª) de 30 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5691); 24 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5340); 25 de abril de 1983 (RJ 1983, 2125) y 31 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1233) así como en la RDGRN de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1006).

cuatro en la fachada recayente a otra de las calles, entregando a los propietarios del solar las piezas convenidas.

Por último, cuando se trata de ceder el derecho de vuelo sobre un edificio construido la práctica muestra ejemplos como el recogido en la RDGRN de 18 de noviembre de 2002²²⁸, la cual versa sobre una escritura de obra nueva en construcción y división horizontal en la que la promotora inmobiliaria se reserva el derecho de vuelo o mayor elevación sobre el edificio, determinando que lo podrá usar para sí, en una o varias veces o transmitir a terceros para levantar cuantas plantas desee y permitan las ordenanzas municipales.

IV.2.5.1.2. Reserva por el propietario del solar del derecho de sobreedificación o subedificación

En este caso el cedente transmite al constructor la titularidad del solar, reservándose un derecho real de sobreedificación o subedificación sobre una planta o plantas del edificio a construir como pago por la transmisión del suelo, adquiriendo el pleno dominio de las mismas.

El beneficio que este recurso aporta al constructor es evidente ya que se convierte desde el primer momento en propietario del solar y, por ende, podrá obtener financiación con mayor facilidad para acometer la edificación proyectada. En cambio, desde el punto de vista del cedente, la doctrina cuestiona las ventajas que esta configuración le reporta. En efecto, realmente esta fórmula difiere de lo que habitualmente es la causa del contrato para el dueño del solar, es decir, la obtención de un rendimiento a su propiedad sin asumir costes ni riesgo alguno. Cuando el cedente decide reservarse el derecho de vuelo pasará a convertirse en promotor inmobiliario, debiendo efectuar una inversión económica de importante magnitud, quedando

²²⁸ RJ 2003, 2634. En el mismo sentido la RDGRN de 29 de abril de 1999 (RJ 1999, 2762).

asimismo sujeto a las responsabilidades que a este agente de la construcción anuda la normativa vigente²²⁹.

V. LA LEY 23/2001, DE 31 DE DICIEMBRE, DE CESIÓN DE FINCA O DE EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN FUTURA

V.1. Introducción

El Parlamento autonómico catalán aprobó, el día 31 de diciembre de 2001, la Ley 23/2001 con la rúbrica *de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura*. Es de reseñar de esta disposición que su entrada en vigor se produce con posterioridad a la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001, resolución que anuló los tres primeros párrafos del art. 13 RH introducidos por el RD 1867/1998. Por tanto, actualmente, a excepción de la referencia que pervive en los párrafos 4º y 5º del art. 13 RH, la Ley 23/2001, es la única norma dentro Estado español que regula el contrato de aportación de solar por obra futura.

La Ley 23/2001 es un texto legal muy breve, conformado por nueve arts. más la Disposición Final que prevé la entrada en vigor del mismo, el cual trata de conjugar la proliferación en la *praxis* del contrato objeto del presente estudio con la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda, que establece los plazos de finalización y entrega de las viviendas acabadas que en el momento de la venta estén en proyecto o en construcción.

El referido texto legal está encaminado a proteger a ultranza al cedente del solar, incluyendo contenidos que podrían fácilmente omitirse por su obviedad o

²²⁹ En el mismo sentido PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 79 y 80, SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 182 y 183 y RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 39.

inmiscuyéndose en materias tradicionalmente resueltas de forma óptima por la autonomía de la voluntad o por los principios generales del Derecho Común²³⁰.

V.2. Concepto

El art. 1 de la Ley es el encargado de dar una descripción del concepto de contrato que motivó la promulgación de la norma proveniente del legislador catalán: *El contrato de cesión de una finca o de una determinada edificabilidad a cambio de la adjudicación de una construcción futura o resultante de la rehabilitación requiere, en el momento de formalizarlo, que se determinen las viviendas, los locales o las demás edificaciones de cada uno de los adjudicatarios y, cuando lo que se haya de construir o lo que resulte de la rehabilitación sean viviendas o locales de una edificación, que se constituya el régimen de propiedad horizontal como identificación necesaria.*

No obstante, como señala ZURITA MARTÍN²³¹, la alusión a la «edificabilidad» no es lo que pudiera parecer a simple vista, esto es, la asimilación al «derecho a edificar» sino que realmente es la posibilidad de transmitir la propiedad del edificio deteriorado o en ruinas que se encuentra en el solar que se cede, siendo la contraprestación la rehabilitación resultante.

V.3. Finalidad del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura

²³⁰ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones...”, ob. cit., pág. 247, trata sobre la utilidad de la Ley y deja constancia de la falta de originalidad de su articulado así como de que «no aporta soluciones efectivas y novedosas a los principales problemas que suscita el contrato que pretende regular. La mayoría de las cuestiones que presume solventar quedan ya resueltas a través de las normas generales del Código Civil, cuya aplicación por nuestros tribunales a la gran variedad de litigios que provoca el contrato, acierta con respuestas más específicas y adecuadas a cada caso. Por otra parte, los propios particulares han creado mecanismos más idóneos de protección de la situación del aportante, especialmente, incorporando cláusulas contractuales referentes a la transmisión diferida del dominio por el cedente del suelo hasta que se produzca la entrega de los apartamentos por construir».

²³¹ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones...”, págs. 236 y 237.

El segundo y tercer párrafo del Preámbulo de la Ley viene a contener lo que ha de entenderse por «causa» del contrato tanto para cedente como para cesionario²³². El legislador acoge, con carácter enunciativo y no exhaustivo, la configuración habitual del contrato de cesión de solar, esto es, el vínculo contractual entre el propietario del suelo, por un lado, que carece de medios suficientes para construir —o rehabilitar— o que se ve abocado a ello por imperativo de la normativa urbanística; por otro, el promotor y/o constructor inmobiliario que ve superado el obstáculo principal para poder desarrollar su objeto social —la compra del suelo— sin necesidad de desprenderse de una ingente cantidad de dinero o recurrir a financiación ajena con la rémora que se ha de soportar respecto a los gastos financieros exigibles²³³.

V.4. Modalidades del contrato respecto a la adquisición de la propiedad de la construcción futura

El art. 2 de la Ley 23/2001, establece dos formas de poder llevarse a cabo la cesión de la finca o de la edificabilidad, las cuales se analizan por separado:

V.4.1. Transmisión total de la finca o de la edificabilidad

Modalidad regulada en el art. 2.1.a), se corresponde con la transmisión total de la finca o de la edificabilidad a cambio de la construcción futura. En este supuesto, el apartado 2º del art. 2 admite la posibilidad de que la construcción futura se pueda ejecutar en otra finca diferente de la que ha sido objeto de cesión.

²³² El tenor literal de los referidos párrafos del Preámbulo es el siguiente: *Para la persona cedente, el interés de esta figura parte del hecho de que, normalmente, no dispone de los medios suficientes ni de la capacidad de gestión necesaria para llevar a cabo la construcción o la rehabilitación; en este sentido, las dificultades se acentúan especialmente en el caso de que el planeamiento urbanístico haya determinado para la finca objeto de cesión un volumen edificable importante y unos plazos de edificación forzosa.*

A la persona cesionaria, que normalmente es promotora o constructora, la cesión de la finca le permite construir sin tener que hacer un desembolso inicial para adquirir el suelo o el volumen edificable. En este sentido, la cesión le evita, o bien tener que inmovilizar un capital propio para adquirirlos, capital que no recuperará hasta la venta de las viviendas, los locales o las edificaciones ya terminados, o bien tener que asumir unos gastos financieros importantes a fin de adquirir inicialmente la finca o el volumen edificable, gastos que, lógicamente, tienen repercusión en el coste total de la obra terminada.

²³³ Extremos recogidos por ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones...”, págs. 236 y 237.

V.4.2. Transmisión de una cuota de la finca o de la edificabilidad

Modalidad prevista en el art. 2.1.b), consistente en la posibilidad de que se transmita una cuota de la finca o de la edificabilidad en la proporción que fijen los contratantes, constituyéndose en este caso una situación de comunidad.

En relación con estas dos modalidades, los arts. 4 y 5 de la Ley distinguen la «adquisición» de la propiedad según la fórmula elegida. Cuando se ha optado por la transmisión total de la finca o edificabilidad a cambio de obra futura, la entrega de la contraprestación por el cesionario se hará *una vez finalizada la obra*²³⁴.

En otro sentido, si las partes han querido conformar su negocio mediante la transmisión de una cuota de la finca o de la edificabilidad, se requiere que *en la descripción de las diferentes viviendas, de los locales o de las edificaciones proyectados ha de constar la respectiva adjudicación a cada uno de los propietarios, que ha de hacerse efectiva a medida que la obra se complete*.

En todo caso, como corrobora la DGRN han de tenerse presentes las exigencias del principio de especialidad en relación con las piezas de edificación futura pactada como contraprestación por parte del cesionario, según se desprende del Fundamento de Derecho Segundo de la RDGRN de 5 de marzo de 2012²³⁵:

I. Conforme al principio de especialidad y a lo dispuesto por el art. 1 de la Ley 23/2001 de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura “el contrato de cesión de una finca... a cambio de la adjudicación de una construcción futura requiere, en el momento de formalizarlo, que se determinen las viviendas, los locales... de una edificación, que se constituya el régimen de propiedad horizontal como identificación necesaria”. Lo cual y aún cuando no se entienda literalmente en el sentido de que el contrato de cesión y la división horizontal deban ser coetáneos, o que la división horizontal sea requisito esencial del contrato de permuta, lo que si queda claro es que el legislador exige que con

²³⁴ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *La transmisión de la propiedad según la Ley 23/2001, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura*, Working Paper de Dret Català núm.:9, Barcelona, enero de 2004, www.indret.com, págs. 4 a 6, fecha de última consulta 15 de febrero de 2015, pone de relieve la carencia en el referido precepto —y en todo el texto legal— de la expresa mención de la obligación de entrega que recae en el cesionario, sin que en parte alguna se aluda a si debe entenderse que la entrega supone una simple puesta a disposición de la obra al cedente para que proceda al examen de la misma y, en su caso, la acepte o, en otro sentido, si tiene directamente un carácter traslativo de la propiedad. Conforme al criterio de este jurista habría que ser más «ambiciosos» y cuestionarse si el legislador quiso introducir un mecanismo distinto a la regla del título y el modo.

²³⁵ RJ 2012,6148

objeto de determinar las entidades futuras que deban entregarse al cedente del solar , que se describan dichas entidades conforme a las previsiones del edificio proyectado y en la forma y con los requisitos de la legislación sobre propiedad horizontal. Es decir, deben especificarse desde luego las características descriptivas de las futuras entidades del edificio a construir que se configuren como contraprestación tales como superficie, emplazamiento, cuota....

PARTE II

PROBLEMÁTICA RELACIONADA CON LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

CAPÍTULOS IV A IX

CAPÍTULO IV:

ACERCAMIENTO A LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El contrato objeto de estudio, dentro de la variante que la propia doctrina científica ha calificado como «usual» o «tradicional»²³⁶, presenta la singularidad de producir una doble transmisión: la del solar a favor del cesionario-constructor para que éste pueda construir el edificio proyectado y, en segundo lugar, la de los inmuebles futuros al cedente.

Certeramente apunta SERRANO GÓMEZ²³⁷ que la transmisión de la propiedad del solar y de los inmuebles futuros es uno de los extremos más controvertidos de este contrato, sentenciando que «de hecho, es considerado el punto crucial de la configuración jurídica de esta modalidad contractual pues en ella tienen lugar dos transmisiones dominicales aparentemente no simultáneas en el tiempo».

²³⁶ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 105 y RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 191.

²³⁷ SERRANO GÓMEZ, Eduardo: *El contrato de cambio de solar por edificación futura (Doctrina, Jurisprudencia y Legislación)*, Edisofer, Madrid, 2004, pág. 73. También PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 113.

En efecto, siendo indubitado que en este contrato se evidencia el cambio de una cosa presente —representada por el solar— por una cosa futura —las piezas de edificación a ejecutar y entregar por el cesionario—, es asimismo obvio que para alcanzar este último objetivo, la posesión o propiedad²³⁸ del solar en el que se edificará ha de pasar a manos del cesionario-constructor. Con ello, queda descrito ese movimiento de vaivén de la propiedad inmobiliaria, si bien con una configuración distinta según se trate de uno u otro contratante, existiendo el suelo como base común del resultado final. A expensas de encontrar una solución satisfactoria, *a priori*, la no simultaneidad de las prestaciones de ambas partes es algo consustancial al contrato que se analiza. El dilatado período existente desde que el cedente entrega el solar al cesionario hasta que éste construye y transmite al primero las piezas de obra convenidas, se yergue como un obstáculo para el íntegro cumplimiento por parte del cesionario debido a los múltiples avatares que pueden acontecer a lo largo del proceso constructivo.

Por consiguiente, la transmisión de la propiedad del solar del cedente al cesionario implica que el primero cumpla *ab initio* y de manera íntegra su contraprestación a la espera de que el cesionario-constructor ejecute las obras y le haga entrega de los inmuebles futuros convenidos. En la práctica, el plazo medio habitual de ejecución de un edificio en altura oscila entre los dieciocho y los veinticuatro meses. En este paréntesis de tiempo es fácil imaginar que la posición del cedente queda debilitada y a merced de la solvencia y cumplimiento diligente del contrato por parte del cesionario. Incluso, como se verá más adelante, pueden surgir otras eventualidades antes de iniciarse la construcción propiamente dicha que afecten a la pervivencia del contrato, si bien estas específicas circunstancias se solventan con relativa facilidad en el marco de la liquidación propia de toda resolución contractual como consecuencia de no haberse iniciado la edificación *stricto sensu*.

²³⁸ Se dice «posesión» o «propiedad» pues la caracterización del derecho que ostente el cesionario dependerá de cómo las partes hayan configurado el contrato que las vincula según las modalidades o variantes del mismo que se pueden encontrar en la práctica negocial. No obstante, esta tesis se centra en la concepción tradicional de completa transmisión del solar al cesionario por parte del cedente convirtiéndose éste en dueño en pleno dominio del suelo sobre el que se ejecutará la edificación.

La doctrina científica que ha estudiado de manera específica el contrato que es objeto de la presente investigación ha enmarcado las dos transmisiones que se presentan en el mismo, la del solar y la de la futura edificación, en el ámbito de las diferentes obligaciones que compelen a cada una de las partes contratantes²³⁹.

Dibujado este escenario, las divergencias que pueden surgir entre las partes difieren enormemente desde el punto de vista del incumplimiento contractual como consecuencia de la «tangibilidad» del solar que transmite el cedente frente a la «futuridad» de las piezas de obra a ejecutar por el cesionario²⁴⁰.

Expuesto cuanto antecede, en los dos próximos capítulos se atenderá a la problemática que surge en materia de transmisión de la propiedad desde el punto de vista del cedente y del cesionario en relación con las dos transmisiones que singularizan al contrato objeto de la presente investigación. La primera de ellas, la transmisión que el primigenio dueño del suelo efectúa al constructor-cesionario para que edifique sobre el mismo resulta menos controvertida. En cualquier caso, se pondrán de manifiesto los principales problemas que se plantean en la *praxis*, sin ánimo de ser exhaustivos, debido a que supondría una desviación innecesaria del propósito del presente trabajo.

Sin embargo, las mayores controversias se originan en el marco de la transmisión de la propiedad de los inmuebles futuros convenidos a favor del cedente como consecuencia del desequilibrio contractual que se patentiza en su persona hasta que recibe materialmente la edificación futura. En gran medida, la fragilidad que envuelve a la figura del cedente proviene de la tradicional consideración de su derecho frente al cesionario como un derecho de crédito o personal para reclamar la entrega de la futura edificación, extremo amparado por las resoluciones de los Tribunales de Justicia, con las escasas excepciones que se analizarán más adelante.

²³⁹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 104 y ss; RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 185 y ss.; SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 457 y ss. y ARNAU MOYA, Federico: “Los incumplimientos contractuales...”, ob. cit., págs. 11 y ss.

²⁴⁰ Extremo puesto de relieve por PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 97.

Para paliar en la medida de lo posible la desprotección que envuelve a la figura del cedente la doctrina científica ha explorado diferentes teorías acerca del momento en el que puede entenderse producida la adquisición del dominio por parte del cedente de los elementos futuros que configuran la contraprestación a entregar por el cesionario. En este sentido, se ha intentado dotar de eficacia jurídico-real a la escritura pública en la que se formaliza el negocio de permuta de solar por obra futura para anticipar la adquisición del dominio sobre los inmuebles futuros por parte del cedente entendiendo que opera la tradición instrumental del art. 1462.2 CC. Asimismo, otro sector doctrinal se posiciona en un punto intermedio entre el derecho real y el derecho de crédito, afirmando que el cedente posee un *ius ad rem* sobre la futura edificación.

El objetivo último de la presente investigación es determinar si puede ser viable y consolidarse la teoría de la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta ofreciendo argumentos para ello y aportando soluciones incluso dentro del respeto a la teoría del título y el modo como sistema de la transmisión de la propiedad instaurado en el ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, para adoptar con rigor una posición final con respecto a la transmisión de la propiedad en los contratos de aportación de solar a cambio de obra futura, además del análisis de cada una de las construcciones doctrinales, deviene necesario conocer de antemano qué problemas prácticos existen realmente con la finalidad de que las propuestas finales vayan enfocadas a intentar su resolución en la medida de lo posible.

CAPÍTULO V:

PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL SOLAR DEL CEDENTE AL CESIONARIO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. FINALIDAD DE LA TRANSMISIÓN DEL SOLAR *AB INITIO***
- III. PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL SOLAR.-**
III.1. Consideraciones generales.- III.2. Obligación de transmitir la propiedad del solar al cesionario.- III.3. Entrega del solar libre de cargas y gravámenes.- III.4. Solar urbanísticamente inedificable
- IV. SIMILITUD DE LA POSICIÓN DEL CEDENTE DEL SOLAR CON LA DEL ADQUIRENTE DE INMUEBLES SOBRE PLANO**

I. INTRODUCCIÓN

La transmisión de la propiedad del solar del cedente al cesionario no genera problemática alguna según la doctrina científica mayoritaria. Así, para DÍAZ MARTÍNEZ²⁴¹, a la hora de articularse por las partes el contenido del contrato, generalmente un particular y una sociedad mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria, «no suele plantear problemas identificar la prestación del primero, que no es sino la transmisión de la propiedad del solar». Y ello es así porque el solar que transmite el cedente es un bien presente, perfectamente identificado y con existencia física real²⁴².

²⁴¹ DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: “Cesión de solar por obra futura y determinación del objeto”, en *Aranzadi Civil*, nº 2/2010 (BIB 2010\674), pág. 1. En el mismo sentido, PÉREZ GURREA, Rosana: ob.cit., pág. 1955 y PLANA ARNALDOS, Carmen: “Transmisión...”, ob. cit., pág. 2082.

²⁴² ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad en el contrato de cesión de solar por obra futura”, en *AC*, nº 1, 2009, pág. 658.

El hecho de que el dueño del solar transmita al constructor el pleno dominio de la totalidad del mismo desde el primer momento —bien en contrato privado, bien en escritura pública— es la configuración más habitual²⁴³ del negocio jurídico de cambio de solar por edificación futura. De hecho, sustantivamente, es la única vía que subsiste en la actualidad, recogida en los párrafos 4º y 5º del art. 13 RH tras la anulación de los tres primeros por la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001²⁴⁴, cuyo alcance se analizará con detenimiento en el capítulo XIII del presente estudio.

Es fácil imaginar la situación de desequilibrio en la que se encontrará el cedente con posterioridad a la transmisión del suelo al cesionario, puesto que habrá completado íntegramente la prestación a la que estaba compelido y, sin embargo, quedará en un estado expectante durante un ingente paréntesis de tiempo respecto al cumplimiento de la prestación del constructor. Con independencia del tratamiento jurídico que se otorgue al derecho del cedente —jurídico-obligacional, jurídico-real, *ius ad rem*—, lo cierto es que, materialmente, de manera física y palpable, el dueño del solar se desprende del mismo sin haber recibido nada a cambio y con un período intermedio de notable incertidumbre hasta que se le entrega de forma tangible la edificación futura.

Aun en aquéllos contratos en los que se haya pactado una contraprestación mixta y el cedente haya percibido un determinado importe pecuniario o se haya protegido convenientemente articulando más o menos garantías a su favor —de carácter personal o real—, nada le privará del recurso a los Tribunales si no se le hace entrega física y real de las piezas de edificación pactadas.

²⁴³ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...* ob. cit., pág. 19 y NÚÑEZ MÚÑIZ, Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 17, se refieren con la expresión «hipótesis normal» a la configuración del contrato mediante la cual la transmisión de la propiedad del solar del cedente al cesionario se produce *ab initio*, aunque debe quedar perfectamente establecido que el traspaso del pleno dominio sobre el solar no es imperativo, existiendo otras fórmulas para articular esta modalidad contractual, incluso aunque se transmita la posesión del suelo. ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa: ob. cit., pág. 17, lo define como la «forma usual». LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: *Derecho Inmobiliario: problemática actual*, Tomo I, Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, págs. 429 a 431, lo considera como «norma general» admitiendo, por mor de la autonomía de la voluntad de las partes, otras formas de configurar el contrato que no conlleven la total transmisión de la propiedad del solar al cesionario desde el primer momento. Ahora bien, esta alternativa será excepcional en el bien entendido de que sólo podrán dibujar una operación similar sin íntegra transmisión del dominio del solar, aquellas entidades constructoras que gocen de enorme solvencia y fondos propios para desembolsar una importante suma de dinero y acepten que el cedente siga vinculado al terreno, aun cuando le conceda un poder irrevocable para manejar todos los aspectos atinentes al proceso constructivo.

²⁴⁴ ALONSO PÉREZ, M^a Teresa: “Una alternativa al contrato...”, ob. cit., pág. 1024, así lo apunta al diferenciar la concepción tradicional de la cesión de solar a cambio de obra futura de naturaleza obligacional de la de «otra índole» que se quiso introducir normativamente en los tres primeros párrafos del art. 13 RH.

Dentro del Estado español, en el ámbito autonómico nos encontramos en Cataluña con la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, cuyo art. 2 recoge las dos modalidades de cesión reguladas, según la finca se transmita total o parcialmente por el cedente. También el legislador autonómico parece decantarse por la forma habitual de configuración de este tipo de contratos y atiende apriorísticamente a la hipótesis de que el propietario del suelo cumple en primer lugar su obligación²⁴⁵.

Dicho todo lo anterior, no se debe perder la perspectiva de que las partes, amparándose en la autonomía de la voluntad, pueden haber dispuesto que no se transmita con carácter inmediato la propiedad del solar al constructor²⁴⁶.

Con independencia de que el presente estudio se centra en la problemática existente en la concepción tradicional del contrato de aportación de solar por obra futura, mediante el cual se verifican dos transmisiones, la del solar al cesionario y la de los inmuebles futuros, al cedente, se hacen constar con carácter enunciativo las formas habituales a través de las cuales se produce la transmisión del solar a favor del constructor-promotor²⁴⁷:

- Transmisión de la totalidad del pleno dominio del solar al cesionario.

- Transmisión por el cedente al cesionario de una cuota indivisa del solar objeto del contrato.

²⁴⁵ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *La transmisión de la propiedad según la Ley 23/2001...*, ob. cit., pág. 3, fecha de última consulta: 15 de febrero de 2015, reseña con referencia a la modalidad de transmisión total de la finca que «la parte cedente parece obligarse a cumplir su prestación en primer lugar».

²⁴⁶ Así lo refrenda LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: ob. cit., págs. 429 y 430.

²⁴⁷ Este esquema se encuentra en LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 24; NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., págs. 110 y 111 y PLANA ARNALDOS, Carmen: “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar...”, ob. cit., pág. 2082. Por su parte, SERRANO GÓMEZ, Eduardo: ob. cit., págs. 75 y 76, asevera que la transmisión de la propiedad no es indispensable en la celebración de este negocio jurídico ya que existe la posibilidad de que en «ningún momento» se pacte tal transmisión de la propiedad, pensando en los supuestos de cesión de una cuota indivisa del solar, la cesión de un derecho de superficie o de vuelo al constructor o cuando se encarga al constructor la realización de la obra a cambio de cierta edificación futura como contraprestación.

- Constitución de un derecho real limitado: bien un derecho de sobreedificación o subedificación, bien un derecho de superficie.
- Reserva de la propiedad por parte del cedente y concesión de un derecho personal al constructor que le permitirá emprender la edificación: arrendamiento de obra o concesión de poder ilimitado.

La base sobre la que se asentará la obra futura que el cedente ha de recibir se describe habitualmente en la *praxis* como el «solar», la «parcela» o el «suelo». La hipótesis normal es que el contrato se suscriba sobre la consideración jurídica del suelo como «solar» según la clásica referencia al suelo que goza de las condiciones mínimas para poder ser edificado, contando con acceso rodado, evacuación o depuración de aguas residuales y dotaciones de agua y energía eléctrica²⁴⁸. En definitiva, se estaría hablando de un suelo urbano apto para la edificación.

Sin embargo, nada impide que urbanísticamente el suelo objeto del contrato esté calificado en el momento de suscribir el contrato como rústico y, por ende, el cesionario, como parte interesada en edificar en esa específica ubicación, pacte con el dueño del suelo la obligación de llevar a cabo el desarrollo urbanístico del mismo a cambio de una contraprestación más beneficiosa. De hecho, en un altísimo porcentaje, los cesionarios son profesionales del mundo inmobiliario —promotores y constructores— perfectamente capacitados para realizar esa labor, haciendo una previa prospección de los terrenos que les resultan más satisfactorios para ejecutar las obras proyectadas.

²⁴⁸ Actualmente, el art. 21.3 del RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana define el concepto apuntado de la siguiente forma: *Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumpla las siguientes condiciones: a) Haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación; b) Tener instaladas y operativas, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable, las infraestructuras y servicios necesarios, mediante su conexión en red, para satisfacer la demanda de los usos y edificaciones existentes o previstos por la ordenación urbanística o poder llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión a las instalaciones preexistentes. El hecho de que el suelo sea colindante con carreteras de circunvalación o con vías de comunicación interurbanas no comportará, por sí mismo, su consideración como suelo urbanizado; c) Estar ocupado por la edificación, en el porcentaje de los espacios aptos para ella que determine la legislación de ordenación territorial o urbanística, según la ordenación propuesta por el instrumento de planificación correspondiente.*

Ahora bien, junto al supuesto normal descrito anteriormente, pueden existir otras circunstancias sobre el solar objeto del contrato que deben recogerse y regularse en el mismo debido a que se trata de situaciones que han de quedar despejadas con carácter previo al inicio de la construcción. No es extraño encontrar solares en los que con anterioridad a las obras previstas se tenga que demoler un edificio o construcción preexistente o aquellos casos en los que los trabajos consistan en rehabilitar las antedichas edificaciones, fruto de la cual se obtendrán los departamentos futuros a entregar al cedente²⁴⁹.

II. FINALIDAD DE LA TRANSMISIÓN DEL SOLAR *AB INITIO*

La primera de las transmisiones que se producen en el contrato de aportación de solar a cambio de obra futura es de singular importancia para el cesionario-constructor porque le proporciona la ventaja de no tener que desembolsar inicialmente el coste de adquisición del suelo, quedando obligado con una contraprestación no simultánea y que, por ende, queda diferida en el tiempo.

A lo anterior hay que unir el hecho elocuente en la mayoría de las edificaciones de que el cesionario necesitará de financiación externa para acometer un proyecto constructivo de mayor o menor envergadura²⁵⁰. De ahí que la entidad que vaya a financiar la construcción exigirá que el solar se haya transmitido en pleno dominio al cesionario y que así resulte de la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad²⁵¹.

²⁴⁹ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 286. Esta jurista analiza también en las págs. 518 a 529 de la citada obra una circunstancia que no es inusual en la práctica, especialmente en construcciones de cierta antigüedad, esto es, la existencia de arrendamientos en el inmueble a rehabilitar o demoler, con especial tratamiento de las peculiaridades que pudieran plantearse con el derecho de retorno arrendaticio en contratos sujetos a la LAU de 1964.

²⁵⁰ Es prácticamente unánime en la doctrina científica esta consideración respecto del solar y su adquisición por el constructor con la finalidad de obtener crédito. En este sentido MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: ob. cit., pág. 353, subraya que para el cesionario es mucha veces «necesario» que el solar se transmita desde el primer momento para que el constructor de las viviendas proyectadas pueda acudir a determinadas préstamos bancarios con garantía hipotecaria sobre el propio solar. También RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 188.

²⁵¹ CORVO LÓPEZ, Felisa M^a: “Los derechos de sobreedificación y subedificación como alternativa al cambio de solar por edificación futura”, en *Aranzadi Civil*, nº 11/2011 (BIB 2010/2414), pág. 2, atinadamente especifica que el solar constituye para el

PLANA ARNALDOS²⁵² se cuestiona si la transmisión de la propiedad del solar al constructor puede configurarse como una obligación «esencial» al contrato de aportación de solar o simplemente se trata de una obligación «natural», habida cuenta la posibilidad que asiste a los contratantes de pactar otras fórmulas que no conllevan la transmisión del dominio *ab initio*, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y pensando en que las razones económicas que mueven al constructor a suscribir esta modalidad es el acceso a la financiación. La conclusión es diáfana en el sentido de que no se puede entender como esencial la obligación de transmitir la propiedad del solar. Sí, en cambio, la obligación de la antedicha transmisión es natural a fin de que el contrato no pierda su identidad y sin olvidar que, cuanto menos, el cesionario exigirá la posesión del solar para emprender su cometido.

Por su parte, SERRANO GÓMEZ²⁵³ se pregunta si es imprescindible la transmisión de la propiedad del solar desde el primer momento o se puede pactar que se posponga hasta que se entregue la edificación futura acordada. Lo habitual —viene a decir— es que el solar se transmita con la firma del contrato si el cesionario precisa de financiación. En cualquier caso, la propia naturaleza del contrato así lo justifica al tratarse del cambio de una cosa presente por una cosa futura, tal cual quedó dicho con anterioridad. Ahora bien, la autonomía de la voluntad de las partes jugará un papel esencial en esta configuración debido a que, como es sabido, la transmisión del solar puede hacerse coincidir con otro momento y ello con independencia de la forma elegida; esto es, si se ha preferido el documento privado, será preceptivo, además, que el cesionario entre en poder y posesión del mismo y si las partes se han decantado por la firma en instrumento público, se puede haber establecido que la transmisión del pleno dominio quede supeditada al cumplimiento de cierta condición, término o reserva de dominio.

cesionario una «fuente de financiación» y también en su obra: *El derecho de sobreedificación...*, ob. cit. pág. 305. Por su parte, ALONSO PÉREZ, M^a Teresa: “Una alternativa al contrato...”, ob. cit., pág., 1024, refiere que el suelo se convierte en «fuente de crédito» para el constructor.

²⁵² PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 108 y ss. La referida jurista hace mención a la posibilidad de que las partes tengan acceso a la financiación aunque el dueño del solar no transmita la propiedad del mismo, articulando una «hipoteca en garantía de deuda ajena»; figura, por otro lado, harto peligrosa, que puede desembocar en una auténtica hecatombe para el cedente si el constructor deviene insolvente o incumple su obligación de pagar los plazos acordados ya que el montante pecuniario del préstamo concedido será de singular importancia por nimia que sea la edificación a llevar a cabo. Lo habitual es que la entidad financiera no se muestre muy displicente en el recurso a esta configuración y, por las mismas razones, el cedente debe mostrarse receloso aun con certeza consumada de la solvencia del cesionario-constructor.

²⁵³ SERRANO GÓMEZ, Eduardo: ob. cit., pág. 75.

Evidentemente, en aras de la confluencia de intereses de ambas partes contratantes puede haberse pactado en documento privado que la transmisión de la propiedad del suelo se produzca en un momento posterior; en otras palabras, en este supuesto, existiendo «título» puede quedar pendiente la consumación de la adquisición de la propiedad hasta que concurra el «modo». Un ejemplo palmario de lo antedicho se encuentra en la STS (Sala 1ª) de 3 de noviembre de 2009²⁵⁴, resolviendo un supuesto en el que las partes habían suscrito un contrato privado el día 22 de enero de 1990, modificado con posterioridad el día 11 de abril de 1992. Pese a que los contratantes nominaron ambos contratos como de «compraventa», realmente la propietaria del solar ponía a disposición del constructor la parcela con objeto de que edificara sobre la misma hasta un máximo de veinticuatro chalets adosados, con la facultad para el dueño del solar de elegir entre cincuenta millones de pesetas o seis de los chalets totalmente terminados. En concreto, la cláusula II de la modificación del contrato rezaba: *La compraventa de la mencionada finca, objeto de este contrato, se llevará a efecto, a opción de los vendedores, bien mediante escritura de compraventa, recibiendo el precio en metálico, o bien mediante una permuta por obra construida.* La parte vendedora y dueña del solar se vio en la obligación de demandar a la constructora para que se resolviera judicialmente el vínculo contractual por incumplimiento de ésta última con la consiguiente devolución de la posesión de la parcela ya que el constructor se había limitado exclusivamente a ejecutar unas meras obras de excavación y la cimentación de un solo chalet. La parte demandada argumentó en su oposición que no podía procederse a la devolución al no haberse manifestado expresamente la contraparte con respecto a la obligación alternativa pactada de decidirse por el dinero efectivo o por la parte de edificación pactada. Tras la estimación de la demanda por el Juzgado de Primera Instancia y posterior confirmación por la AP de Orense, el Alto Tribunal, en el Fundamento Jurídico Segundo de la citada resolución dispone:

Hubo por tanto un negocio jurídico atípico de puesta de disposición de solar a cambio de obra futura o dinero, a elección del propietario del solar, garantizado mediante la conservación por éste de la propiedad, la fijación de unos plazos para obtener licencia de obras y, en fin, la propia facultad de elección, garantía en sí misma frente a retrasos o mala ejecución de los chalés y salvaguarda a su vez, totalmente legítima conforme a la libertad de pactos reconocida en el art. 1255 CC, de la pura conveniencia de la parte contratante que ponía la parcela a disposición de la hoy recurrente para construir.

²⁵⁴ RJ 2009, 5830.

III. PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL SOLAR

III.1. Consideraciones generales

La doctrina y la jurisprudencia dominante vienen considerando que existen dos transmisiones en el contrato de aportación de solar por obra futura: la del solar y la de la obra futura. A continuación se exponen los principales problemas relacionados con la primera de las transmisiones, la del solar, sin que la relación de los mismos pueda considerarse como un *numerus clausus* por la inabarcable casuística que puede acontecer en la *praxis*. Únicamente se hace mención a las controversias más relevantes en relación a la transmisión del dominio del suelo, debido a que el verdadero foco de atención del presente estudio es la segunda de las transmisiones, la de la obra futura pactada del cesionario al cedente. En todo caso, una vez se presente alguna de las circunstancias que se van a relacionar o cualquier otra análoga, habrá que acudir a las estipulaciones contractuales que regulen las consecuencias de la resolución contractual o, en su ausencia, acudir directamente a las directrices establecidas para ello en el CC.

Los obstáculos que seguidamente se ponen de relieve pueden presentarse en ocasiones incluso con anterioridad a la entrega del solar por parte del cedente al cesionario. La mecánica variará en función tanto de la obligación de que se trate como en base a lo pactado en el contrato, aunque el resultado final es el mismo: la resolución o ineficacia contractual si acontece un incumplimiento de carácter definitivo. En este sentido, las partes pueden haber establecido que la entrega del solar se producirá una vez que el cesionario haya obtenido la licencia de obras²⁵⁵ o con posterioridad a la cesión del terreno. El mismo ejemplo cabe exponer si el suelo no es urbanísticamente edificable y hay que desarrollar el mismo para que adquiera tal condición, pudiendo llegar a conseguirse o no.

²⁵⁵ Recuérdese que las licencias urbanísticas, de conformidad con lo establecido en el art. 12.1 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se otorgan *salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero*.

En el mismo sentido, es extraño en la *praxis* que se suscriba un contrato de forma definitiva sin sujetar estas eventualidades a las respectivas condiciones suspensivas o resolutorias o que el acuerdo futuro no quede enmarcado en una relación precontractual a falta de que concurra un determinado requisito. Piénsese en el típico ejemplo de adquisición del suelo clasificado como rústico pendiente de una actuación urbanística que permitirá convertir al mismo en edificable. La demora en exceso o la no aprobación definitiva del plan urbanístico inicialmente previsto son elementos esenciales para el promotor-constructor en el desarrollo de su objeto social y en la inversión económica a efectuar, cuya verificación requiere articular las consiguientes garantías contractuales y precontractuales.

Si bien es un apunte trivial, la suscripción de un negocio jurídico de la envergadura de un contrato de aportación de solar a cambio de obra futura que suponga erigir un edificio y entregar varias piezas de la futura obra, no está exento de la previa fase precontractual o de tratos preliminares en la que ambas partes fijarán sus posiciones y defenderán decididamente sus intereses y garantías. Asimismo, es usual que los contratantes se encuentren arropados del correspondiente asesoramiento en materia jurídico-fiscal para minimizar cualquier impacto negativo. Ahora bien, cuestión distinta es el hecho de que aun habiendo tomado todas las precauciones que la mínima diligencia impone, la realidad aflore supuestos imposibles o difíciles de prever anticipadamente.

III.2. Obligación de transmitir la propiedad del solar al cesionario

El cedente está obligado a cumplir dos obligaciones esenciales en el contrato de aportación de solar: la transmisión de la propiedad del mismo al constructor-cesionario y la recepción de los pisos y locales que conforman su contraprestación una vez ejecutado el edificio y puestas a su disposición tales unidades de obra.

Excepción hecha de las fórmulas anteriormente señaladas en las que el cedente sólo transmite una cuota indivisa del suelo o se reserva la propiedad del mismo durante

todo el proceso edificatorio, la transmisión del dominio del solar al cesionario se erige como nuclear para el desarrollo del contrato objeto del presente estudio²⁵⁶. No es habitual que el cesionario, como promotor-constructor inmobiliario cuente con solvencia suficiente para acometer la edificación sin necesidad de respaldo financiero. Por ende, no sólo requerirá al cedente la posesión del solar para llevar a cabo la ejecución material de las obras sino la transmisión del dominio del mismo para que pueda obtener crédito bancario, hipotecando el solar como garantía.

El contrato de aportación de solar suscrito entre las partes determinará el momento en el que se efectúa la entrega del solar al cesionario. Lógicamente, si el contrato se formaliza en escritura pública, la adquisición del dominio se producirá automáticamente en virtud de la tradición instrumental del art. 1462.2 CC, salvo que las partes manifiesten expresamente su voluntad en contra. Cuando el negocio jurídico se ha suscrito en documento privado, requerirá que el cedente ponga al cesionario en poder y posesión del mismo para que se complete el *iter* transmisivo. Evidentemente, el retraso por parte del cedente en la entrega del solar en la fecha pactada determina incurrir en mora con las consecuencias resolutorias e indemnizatorias que se hayan establecido contractualmente.

III.3. Entrega del solar libre de cargas y gravámenes

La realidad del tráfico jurídico inmobiliario contractual muestra cómo en la *praxis* un altísimo porcentaje de los contratos transmisivos establecen que la transmisión del dominio del inmueble o inmuebles de que se trate se efectúa con el carácter de «libre de cargas y gravámenes». La única salvedad al respecto es que la parte que pueda verse afectada por dichas cargas y gravámenes acepte su existencia, excepción hecha de que el contrato no pueda realizarse o vaya en perjuicio de terceros²⁵⁷.

²⁵⁶ El carácter esencial de la transmisión del dominio del solar es reseñado por la doctrina científica: PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 105; SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 457 y ARNAU MOYA, Federico: “Los incumplimientos contractuales...”, ob. cit., pág. 12.

²⁵⁷ ARNAU MOYA, Federico: “Los incumplimientos contractuales...”, ob. cit., pág. 12. Sobre el particular véase igualmente DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio: “Saneamiento por Gravámenes Ocultos (Análisis del artículo 1483 del Código civil)”, en *ADC*, fascículo I, 1993, págs. 123 y ss.

Para resolver las eventualidades en torno a la existencia de gravámenes inscritos pero ignorados por el cesionario a la hora de adquirir el suelo, se acude a los arts. 1483²⁵⁸ y 1484 CC²⁵⁹ ubicados sistemáticamente en sede de compraventa; el primero de ellos finalizando la Sección dedicada al saneamiento por evicción y el segundo, encabezando los preceptos que regulan el saneamiento por vicios o gravámenes ocultos. Sin embargo, parte de la doctrina científica considera que los arts. 1483 y 1484 CC tienen una eficacia limitada en cuanto a su aplicación a la casuística del contrato objeto del presente estudio.

La propia existencia de cargas y gravámenes en el solar puede haberse introducido en el contrato como condición resolutoria con la consecuencia de que, en caso de verificarse su existencia, el contrato quedaría automáticamente resuelto; o bien, aun en el caso de que no se hubiera fijado como condición resolutoria, si aparecieran cargas y gravámenes, el cesionario podría poner de manifiesto el incumplimiento del contrato por parte del cedente e instar igualmente la resolución del mismo²⁶⁰.

En el caso específico del contrato que ocupa esta investigación la importancia de la entrega libre de cargas y gravámenes radica en el hecho incontrovertido de que el solar supone para el constructor la fuente principal de financiación de su proyecto de edificación. De hecho, con respecto al contrato de aportación de solar por obra futura se deben tomar en consideración dos variables fundamentales: la primera, la circunstancia de que la figura del cesionario, como promotor-constructor, suele ser un profesional del sector y la ignorancia es prácticamente inexcusable en su caso; la segunda, la conexión de lo antedicho respecto al solar como medio de financiación del constructor ya que la

²⁵⁸ El art. 1483 CC posee el siguiente tenor literal: *Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente.*

Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización.

Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre.

²⁵⁹ El art. 1484 CC dispone que: *El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.*

²⁶⁰ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 263 a 269.

investigación de la situación jurídica de la parcela será objeto de minucioso examen por parte de la entidad financiera que vaya a conceder el crédito hipotecario al cesionario para acometer las obras proyectadas. Por ende, la concesión del referido préstamo conllevará la exigencia de la entidad prestamista de gozar del primer rango hipotecario, obligando a la posposición de la condición resolutoria que se pudiera haber pactado previamente por las partes como garantía a favor del cedente del solar así como la de liberar la finca de todo gravamen que pueda suponer un obstáculo a la hipotética ejecución de la garantía hipotecaria en caso de incumplimiento del cesionario.

Acerca del tratamiento que debe seguir el hecho de que una carga inscrita en el Registro de la Propiedad sea ignorada por el comprador a la hora de celebrar el negocio jurídico transmisivo ha generado una opinión encontrada en la doctrina científica en torno a la admisión de la acción rescisoria que contempla el art. 1483 CC, entroncando con el principio general de buena fe contractual que debe presidir la práctica negocial.

En este aspecto, ÁNGEL YAGÜEZ²⁶¹ apunta al hecho de que la inscripción en sí misma no adquiere la presunción *iuris et de iure* de que es conocida por todos y habrá que atender a un criterio de justicia y a los actos de cada uno de los contratantes para ponderar la responsabilidad que se le puede atribuir a cada uno en la conclusión del negocio con la carga inscrita. El vendedor no puede quedar exonerado en todo caso por el hecho de la constancia tabular de la carga excepto que se demuestre su culpabilidad en provocar el desconocimiento en el comprador. Por contra, —suscribe este jurista— quizás sea exagerado admitir que el comprador quede absolutamente exonerado invocando estrictamente el desconocimiento de la inscripción.

Así, por un lado, están aquellos autores que consideran que debe poderse ejercitar la acción rescisoria en el caso de que la carga se encuentre reflejada registralmente y no se haga mención de la misma en la escritura pública. SERRANO CHAMORRO²⁶² defiende la aplicación del art. 1483 CC aunque con una aplicación

²⁶¹ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: “Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código Civil”, en *RCDI*, n° 487, noviembre-diciembre 1971, págs. 1373 y 1374.

²⁶² SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 461 y 462.

mermada en el caso del contrato objeto de la presente investigación porque es inasumible que el adquirente no sepa con exactitud el estado del objeto del contrato.

Por otro lado, existe un sector doctrinal partidario de inadmitir el recurso a la acción rescisoria bajo el argumento de que el adquirente cuenta con la publicidad *erga omnes* que emana del Registro de la Propiedad para corroborar el estado del inmueble antes de formalizar la operación y ha hecho omisión de la mínima diligencia que le es exigible. En esta línea, PLANA ARNALDOS²⁶³ estima que no parece adecuado excluir toda responsabilidad contractual del cedente por el hecho de que la carga aparezca inscrita en el Registro de la Propiedad o aunque el cesionario, como profesional inmobiliario, hubiera debido efectuar una consulta previa a los archivos registrales. De ahí que resulte más coherente no excluir radicalmente al adquirente de las acciones generales por error o dolo.

III.4. Solar urbanísticamente inedificable

La imbricación existente entre la normativa civil y la normativa urbanística a la que está supeditada aquélla puede originar que el solar devenga inedificable con carácter previo o con posterioridad al inicio de las obras de construcción. Evidentemente, con antelación a la suscripción del contrato, las partes, han debido verificar que el solar en ese concreto momento es edificable, salvo que el propio constructor-cesionario acepte dentro de sus obligaciones contractuales el llevar a cabo el correspondiente desarrollo urbanístico para conseguir tal calificación.

Los tratos preliminares y el recurso a documentos de carácter precontractual pueden eliminar que el contrato definitivo se refiera a un suelo urbanísticamente no edificable de conformidad con el planeamiento urbanístico. La práctica enseña que el

²⁶³ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 268.

contrato queda condicionado a la obtención por parte del constructor de la preceptiva licencia para acometer la obra²⁶⁴.

Diametralmente distinto es el supuesto de cambio en el plan urbanístico que genera unas consecuencias negativas graves para las partes contrayentes con la consiguiente incidencia en el contrato suscrito, excepción hecha de haber quedado sujeto a condición el hecho de cambio o alteración del planeamiento vigente al tiempo de suscribirse el acuerdo.

La gravedad de la problemática derivada de esta circunstancia dependerá del momento en el que esta eventualidad se presente. Es obvio que siempre resultará una contrariedad y generará las consecuencias indemnizatorias que correspondan. De hecho, es frecuente en la práctica comercial el que se regule esta situación mediante condiciones suspensivas o resolutorias así como con cláusulas de indemnidad para evitar el perjuicio que puede suponer a cualquiera de las partes.

Como relaciona PLANA ARNALDOS²⁶⁵, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, el adquirente del terreno no edificable cuenta con diferentes remedios: anulabilidad por error o dolo, las acciones de incumplimiento contractual *ex art. 1101 y ss. CC*, además de la resolución por la vía del art. 1124 CC cuando la inedificabilidad conlleva el incumplimiento definitivo del vínculo contractual.

La consecución por el cesionario de la máxima edificabilidad posible en el solar resultante le reportará un mayor beneficio económico en la promoción de viviendas y/o locales de que se trate, trasladándose al arquitecto proyectista el encargo de conseguir dicho objetivo observándose las normas urbanísticas de aplicación. Sin embargo, este extremo genera dificultades y el sometimiento a diferentes interpretaciones como

²⁶⁴ Extremos reconocidos por SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 462. No obstante, la *praxis* muestra supuestos en los que existe falta de la diligencia debida a la hora de comprobar los condicionantes urbanísticos como sucede en la STS (Sala 1^a) de 3 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1308) en la que el constructor no comprobó el régimen jurídico afectante a unos locales que adquirió, sin poder demostrar dolo en el vendedor por ser el adquirente un profesional de la construcción.

²⁶⁵ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 274 y LASO MARTÍNEZ, José Luis: "Venta de terrenos afectados por vínculos de inedificabilidad", en *RCDI*, n^o 616, mayo-junio 1993, págs. 955 a 973.

sucede en la STS (Sala 1ª) de 29 de diciembre de 2006²⁶⁶ en la que la controversia gira sobre la reclamación judicial efectuada por la empresa promotora-constructora del solar objeto de permuta frente al arquitecto proyectista por no alcanzar el máximo de edificabilidad convenida en el contrato suscrito con dicho agente de la edificación. Lo realmente reseñable de esta resolución es la constancia de la complejidad encontrada por el Ayuntamiento de Salamanca para un pronunciamiento exacto debido a la dificultad del asunto planteado y el cambio constante de la normativa urbanística según atestigua el Fundamento de Derecho Tercero de la meritada sentencia:

Adentrándonos ya, y en lo no dicho hasta ahora, dadas las reiteraciones de los dos primeros motivos, en lo más propio del 2º, y en cuanto en él se pretende deducir del reconocimiento por la Audiencia, en su Sentencia, de la existencia de errores de cálculo en el Proyecto del Arquitecto, en aspectos importantes (aparte de otros, a los que no se les da tal calificativo), relativos al número de viviendas a construir por planta, al exceso de edificabilidad pretendido sobre el máximo permitido, y a una ocupación de suelo superior a la máxima tolerada, concluyendo el motivo que ello supuso el rechazo de la pretensión, la tardanza en la iniciación de la obra, y, al parecer, una falta de adecuación a las expectativas de la Promotora pretendidas por la misma al adquirir los solares; contradicción que es pretendida por el recurrente, en relación de lo anterior con la decisión judicial sobre la falta de responsabilidad, por culpa o no adecuación a las obligaciones profesionales exigibles al Técnico demandado, pero que no es tal, pues la Resolución dictada rebate precisamente que, de dicha exposición, pueda resultar esa exigencia de responsabilidad, ya que da la explicación, basada en la prueba, y referida en el apartado anterior, de que la forma de proceder ante los Órganos urbanísticos municipales propició, por esa ya indicada dificultad de interpretar la normativa existente, el rechazo del primer Proyecto y motivó el hecho de tener que realizarse diversas modificaciones en él, hasta su aceptación.

Otro supuesto que revela la *praxis* es la transmisión de un solar a sabiendas de que el mismo es inedificable o con ocultaciones de otras restricciones urbanísticas, extremo que desembocará en la nulidad del contrato y en la restitución de las prestaciones²⁶⁷.

²⁶⁶ RJ 2007, 406.

²⁶⁷ STS (Sala 1ª) de 15 de febrero de 1985. (RJ 1985, 560). Es muy explícito el Considerando Primero de la antedicha resolución: a) el precio establecido en el contrato de dos millones setecientos cincuenta mil pesetas, sólo corresponde a un destino urbano para la edificación, según acredita el informe pericial emitido por el Sr. D. del C.; b) la parcela vendida, según informe emitido por el Arquitecto Municipal, no es edificable por no tener la condición de solar; c) la tal parcela está cercada con un muro de ladrillo, tiene solera de hormigón y dotada de construcciones o cobertizos, así como también de servicios de agua y electricidad, lo que hace presumir su calidad de urbano y apto para la construcción; y d) el cualificado testigo D. Jesús A., que intervino en el pago del precio, conoció que la compra obedeció a la finalidad de construir en la tal parcela, por parte del comprador, una nave para albergar sus camiones; siendo de tales hechos de los que deduce que el consentimiento del comprador demandante y aquí recurrido, estuvo viciado de error inexcusable, que al recaer sobre el objeto del contrato determina su nulidad, con las secuelas devolutorias de la cosa y el precio, de acuerdo con el artículo mil trescientos tres del Código Civil. También las SSTS (Sala 1ª) de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2201); 8 de febrero de 1993 (RJ 1993, 690); 20 de junio y 28 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 5105 y RJ 1996, 6820, respectivamente); 23 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7181); 24 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9364) y 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 1816).

IV. SIMILITUD DE LA POSICIÓN DEL CEDENTE DEL SOLAR CON LA DEL ADQUIRENTE DE INMUEBLES SOBRE PLANO

La práctica contractual revela una situación de desequilibrio similar a la que padece el cedente en el contrato de permuta de solar por obra futura. Se trata de la posición de los adquirentes de pisos o locales sobre plano. En la actualidad se ha generalizado la compraventa de inmuebles bajo la señalada modalidad, sin que las obras hayan dado comienzo físicamente. En definitiva, se está en presencia de una compraventa de cosa futura tal cual permite el art. 1271 CC²⁶⁸, con sus bondades y sus riesgos.

En efecto, el comprador de estos inmuebles no puede tener acceso al «producto terminado» que es objeto de su inversión económica desde que perfecciona el contrato pese a que, en la mayoría de ocasiones, el adquirente se desprende de una importante cantidad de dinero. Lógicamente esta compraventa se hace en este concreto momento por razones de ahorro pecuniario ya que generalmente en dicha fase los inmuebles son más baratos o se reserva la vivienda con antelación para gozar de preferencia frente a otros hipotéticos compradores. Ahora bien, el riesgo de que los inmuebles futuros no lleguen a tener realidad física es el mismo que recae en los cedentes de los terrenos para la edificación futura²⁶⁹.

²⁶⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: ob. cit., pág. 1293, al comentar este precepto significa que el objeto de todo negocio jurídico es la realidad sobre la que versa, esto es, los intereses regulados. El del contrato son las obligaciones de las partes; éstas son la realidad, los intereses. El objeto de las obligaciones es, a su vez, la prestación, conducta que consiste en el cumplimiento. Asimismo, pueden ser objeto del contrato obligaciones futuras o las que recaen sobre cosas o servicios futuros. Basta que la cosa tenga una razonable posibilidad de existencia lo que no es incompatible con la certeza.

²⁶⁹ Y ello con independencia de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que garantiza la devolución a los compradores de las cantidades anticipadas más el interés legal del dinero (el 6% hasta la entrada en vigor de la Disposición Adicional Primera de la LOE), en caso de que no se finalice la edificación mediante aval o seguro de caución. La Ley 57/1968, de 27 de Julio, quedará derogada a partir del 1 de enero de 2016, de conformidad con la Disposición Derogatoria Tercera de la LOE añadida por la Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras. Sobre las cantidades que los adquirentes entregan a cuenta al en la compraventa de inmuebles futuros interesa destacar: ALONSO PÉREZ, M^a Teresa: “Las cantidades anticipadas a cuenta del precio en la compraventa de vivienda por construir”, en *RGLJ*, enero-marzo, 2010, págs. 7 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda”, en *Derecho Privado y Constitución*, n^o 6, mayo-agosto 1995, págs. 9 y ss.; DIEGUEZ OLIVA, Rocío: “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, en *RDP*, n^o 22, 2009, págs. 197 y SILLERO CROVETTO, Blanca: “Protección al consumidor en la contratación inmobiliaria. Derecho a la información, transparencia y equilibrio contractual”, en *Abogacía*, n^o 0, 2008, págs. 49 a 78 y “La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas”, en *Consultor Inmobiliario*, n^o 36, junio 2003, págs. 3 a 21.

De hecho, BERCOVITZ ÁLVAREZ²⁷⁰ califica de verdadera «aventura» la que emprende el comprador de una vivienda en construcción desde que firma el contrato privado y realiza su primera aportación económica hasta que se le hace entrega de la vivienda. Por su parte, VÁZQUEZ-BOTE²⁷¹, desde la perspectiva de la prehorizontalidad, perspectiva que puede servir tanto para el contrato de compraventa como para el de cesión de solar por obra futura, ratifica, muy gráficamente que quien compra, «paga por nada», quedando a la espera de que el objeto comprado (o edificación futura) sea una realidad palpable.

Esta expectativa que tienen los futuros adquirentes de departamentos en edificios futuros —abstracción hecha de los que únicamente mercadeen con estos bienes como inversores o especuladores— obedece a la búsqueda por parte de los mismos de un hogar, de un espacio físico en el que desarrollar un proyecto de vida futura y que desde el momento en el que queda cercenado de raíz o no se cumple según lo convenido, emerge la vulneración de aspectos que no son los estrictamente patrimoniales; en otras palabras, estamos hablando del daño moral, el cual, como es sabido, dependiendo del contexto, puede horadar interiormente a la persona más que un eventual daño material. Así las cosas, siguiendo la línea mantenida por una determinada corriente doctrinal²⁷², resulta obligado que en estos supuestos se indemnice el *pretium doloris*, si bien examinando minuciosamente cada hecho concreto y siempre y cuando revistan una especial gravedad²⁷³.

²⁷⁰ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., pág. 167.

²⁷¹ VÁZQUEZ-BOTE, Eduardo: “Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del derecho. Exigencia de una nueva normativa jurídica”, en *RCDI*, nº 573, marzo-abril 1986, pág. 219.

²⁷² GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción”, en *RCDI*, nº 501, marzo-abril 1974, pág. 933, ya anticipó en la década de los setenta que «triste compensación» obtiene quien invirtió buena parte de sus ahorros en adquirir un futuro inmueble y, después de varios años, ve difuminadas sus expectativas, devolviéndosele la misma cantidad más un módico interés que jamás compensará la desvalorización de la moneda, ni se adecuará a los cambios del mercado inmobiliario. Por su parte, RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M: “Indemnización del daño moral en la contratación inmobiliaria”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia), nº 30, 2008, págs. 155 y ss, fundamenta la indemnización de daño moral, cohonestando, por un lado, el liberalismo que impregna el CC español y, por otro, la protección integral de la persona en su esfera personal y económica que propugna la CE 1978. Esta jurista hace una exposición de las diferentes teorías existentes acerca de la posibilidad de indemnización del daño moral, divididas en tres grandes corrientes: la que defiende un concepto estricto de daño moral, aquélla que admite un concepto amplio y la tesis que, desde la admisión de una interpretación amplia, admite ciertos límites a la hora de indemnizar el mismo. Así, subyace la idea de «entidad o relevancia» del daño para que sea indemnizable, atendiendo exclusivamente a los supuestos de incumplimiento grave o totalmente defectuoso habida cuenta de que los daños morales por defectos leves serán de difícil prueba.

²⁷³ Criterio también acogido por la STS (Sala 1ª) de 15 de junio de 2010 (RJ 2010, 5151), en su Fundamento Jurídico Sexto: *La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el criterio de la relevancia del daño.*

Ahora bien, a pesar de que, efectivamente, la situación del cedente del solar con el adquirente de inmuebles sobre plano es análoga en muchos aspectos, principalmente en cuanto al concreto momento en el que se entiende que han adquirido los mismos, existen algunas diferencias que se deben poner de manifiesto²⁷⁴.

En primer lugar, el cedente del solar se desprende íntegramente y *ab initio* de la propiedad el solar mientras que el adquirente sobre plano únicamente entrega parte del precio convenido por el inmueble de que se trate.

Un segundo grupo de diferencias se encuentra en el ámbito negocial. El cedente, *a priori*, cuenta con mayor margen de maniobra para introducir un clausulado que equilibre su posición contractual frente al cesionario-constructor mientras que el adquirente de inmuebles sobre plano suscribe un contrato de adhesión que le es presentado por el promotor-constructor. De hecho, las garantías con las que el comprador cuenta para garantizar la devolución están establecidas legalmente mientras que el cedente del solar queda sujeto al resultado de la negociación previa a la suscripción del contrato de permuta de solar por obra futura.

²⁷⁴ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 30.

CAPÍTULO VI

PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA DEL CESIONARIO AL CEDENTE

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA.- II.1. Embargos trabados sobre la obra futura por los acreedores del cesionario.- II.2. Declaración del cesionario en concurso de acreedores.- II.3. Enajenación del cesionario a terceros de los inmuebles futuros correspondientes al cedente.- II.3.1. Buena fe del tercer adquirente.- II.4. Ejecución de la hipoteca constituida por el cesionario sobre el solar

I. INTRODUCCIÓN

La inexistencia física de la obra futura ha dado lugar a un doble debate jurídico. El primero de ellos, ya superado, generado en torno a la posibilidad de concluir contratos sobre objetos futuros con base en el art. 1271 CC. El segundo debate, y que conforma el núcleo del presente estudio, gira en torno a determinar si la edificación futura comprometida por el constructor-cesionario puede transmitirse automáticamente al cedente *ab initio*, esto es, desde que se suscribe el contrato de aportación de solar por obra futura, pudiendo solventarse el evidente y palmario obstáculo de su inexistencia material y todo ello sin obviar que el sistema de transmisión de la propiedad vigente requiere, además del título antecedente, la entrega de la cosa.

Por consiguiente, la mayor dificultad que subyace en el ámbito de la transmisión de la propiedad de la obra futura es la determinación del momento²⁷⁵ en el que se

²⁷⁵ Problema señalado recurrentemente por la doctrina científica. Así, entre otros, PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 112 y 113 y “Transmisión del dominio en los contratos con objeto futuro...”, ob. cit., pág. 493; SERRANO GÓMEZ, Eduardo: ob. cit., pág. 77; ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa: ob. cit., pág. 7; NAVARRO CASTRO, Miguel: “Comentario de la STS de 18 de mayo de 1994”, en *CCJC*, septiembre-diciembre 1994, pág. 1047; PÉREZ GURREA, Rosana: ob. cit., pág. 1955; MONET ANTÓN, Fernando: ob. cit., pág. 19; BOSCH CAPDEVILA, Esteve: “Cesión de solar a cambio de construcción futura.

entiende producida la entrega de la misma al cedente del solar. En este sentido, las distintas teorías elaboradas por la doctrina científica en esta materia se fundamentan precisamente en la consideración de un diferente momento transmisivo respecto a la edificación futura comprometida, extremo que se traduce en un mayor o menor grado de protección al cedente.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse por qué se origina controversia doctrinal sobre la transmisión del dominio de la obra futura si es un hecho objetivo que la edificación es inexistente en el momento de otorgarse la escritura pública que contiene el negocio jurídico diseñado por las partes. En efecto, *a priori*, debería ser indiscutible que el único derecho atribuible al cedente del solar sobre los futuros departamentos es de carácter personal quedando desde entonces zanjada toda controversia al respecto. Sin embargo, la aseveración anterior no resulta pacífica para un sector de la doctrina científica toda vez que el ordenamiento jurídico admite formas de tradición espiritualizadas en las que no es necesaria la entrega material del objeto del contrato para que se entienda transmitida la propiedad del mismo²⁷⁶. Esta circunstancia ha apoyado el estudio de estos autores acerca de las implicaciones que en relación con los negocios con objeto futuro tiene el otorgamiento de escritura pública teniendo presente que, en virtud del art. 1462.2 CC, salvo prueba en contrario, dicho otorgamiento equivale a la entrega de la cosa operando entonces la tradición instrumental.

A raíz de lo expuesto, la doctrina científica se divide en cuanto a la consideración de la naturaleza jurídica del derecho que ostenta el cedente del solar sobre la obra futura, en función de los efectos que según los diferentes criterios se derivan del otorgamiento de la escritura pública de permuta: un mero derecho de crédito, un derecho real o simplemente un *ius ad rem*. En función de la posición que se adopte al respecto podrá defenderse un mayor o menor grado de protección del cedente del solar durante el período de tiempo que media desde que transmite el suelo al constructor-cesionario hasta que éste le hace entrega de la edificación futura convenida.

Posposición de condición resolutoria explícita a hipoteca. Extensión objetiva de la hipoteca. Congruencia”, en *CCJC*, n° 66, octubre-diciembre 2004, pág. 157; ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 658 y en su trabajo: “Los incumplimientos contracutales...”, ob. cit., pág. 24 y LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: ob. cit., pág. 442.

²⁷⁶ ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., págs. 660 y 661; LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 48 y SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 501.

En los capítulos X a XIV del presente estudio se hará un detenido examen de cada una de las teorías a fin de poder determinar cuál de ellas es la que se considera más adecuada para cohonestar los diferentes intereses implicados. De manera concisa puede decirse que, por un lado, para los autores que mantienen que el cedente del solar ostenta única y exclusivamente un derecho personal o de crédito, la transmisión de la propiedad de los elementos futuros no se producirá hasta que los mismos cobren realidad física y material y puedan ser entregados por el cesionario, cumpliéndose así el modo traditivo.

Por el contrario, quienes sostienen que el anterior propietario del suelo posee un derecho real respecto a la futura edificación, argumentan que la transmisión de la propiedad de los elementos futuros se transmite al cedente desde que se otorga la escritura pública de permuta a pesar de la inexistencia material de la misma. De ahí que haya que detenerse al tratar esta concepción en cómo defienden sus adeptos la atribución de «existencia anticipada» a la obra futura para que se entienda transmitida la misma al cedente.

Por último, el *ius ad rem*, como figura intermedia entre el derecho de crédito y el derecho real, cuenta con un sector doctrinal favorable a considerar que el cedente goza de algo más que un mero derecho de crédito pero sin que pueda llegar a predicarse sin ambages que ostenta un auténtico derecho real sobre la obra futura pactada. Según se podrá comprobar, esta corriente es de suma importancia con objeto de que el derecho del cedente cuente con la protección que el Registro de la Propiedad dispensa a través de las anotaciones preventivas.

La doctrina científica viene distinguiendo tres clases de riesgos a los que se enfrenta el cedente del solar durante el lapso temporal que media hasta que el cesionario le hace entrega de la edificación futura comprometida. En consonancia con la división que efectúan CARRASCO PERERA²⁷⁷ y ARNAU MOYA²⁷⁸, en la práctica, la problemática

²⁷⁷ CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996”, en *CCJC*, 1997, Vol. I, págs. 66 a 68, reseñando que el cedente apenas puede hacer nada por atenuar los riesgos en la negociación del contrato, admitiendo que los riesgos jurídicos no pueden evitarse con la fijación de una condición resolutoria o suspensiva porque el cesionario-constructor no encontraría financiador. Asimismo, CARRASCO PERERA, Ángel y otros: *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, 7ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 290, reflejan igualmente que, pese a las ventajas de este negocio, es una «operación arriesgada» pues la contraprestación para el cedente depende de factores de difícil control, haciendo mención expresa también a los «riesgos jurídicos» y a los «riesgos urbanísticos».

puede suscitarse en torno a los denominados «riesgos jurídicos», incluyendo entre los mismos los actos de disposición del constructor a favor de un tercero de buena fe que resulte protegido por el art. 34 LH así como los embargos de la edificación futura objeto de la contraprestación por parte de acreedores del cesionario.

En segundo lugar, los «riesgos económicos», concentrados esencialmente en el concurso de acreedores del constructor-cesionario, la ejecución de la hipoteca por parte de la entidad que prestó apoyo financiero al promotor-constructor si éste incumple sus obligaciones o deviene insolvente e incluso los supuestos de estafa punible penalmente.

Por último, aparecen los «riesgos urbanísticos» pues siempre existe la posibilidad de expropiación de los terrenos por parte de la Administración en caso de incumplimiento de las obligaciones y plazos que determina el proceso de adquisición gradual de facultades urbanísticas.

Las garantías que el cedente logre introducir en el contrato final durante los tratos preliminares a fin de paliar su evidente fragilidad no le van a ser útiles si su derecho a la futura edificación no se inscribe en el Registro de la Propiedad aun cuando se dotara a la escritura pública de permuta de eficacia transmisiva inmediata; este hecho, como algún autor ha señalado²⁷⁹, protegerá al cedente de los embargos de los acreedores del cesionario pero no le concede protección frente a las enajenaciones que éste efectúe a terceros respecto a la obra futura comprometida con el cedente, aun en el caso de verificarse adquisiciones *a non domino*²⁸⁰.

Evidentemente, los tratos preliminares²⁸¹ y la autonomía de la voluntad adquieren nuclear importancia antes de suscribir un contrato de permuta de esta índole

²⁷⁸ ARNÁU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 659.

²⁷⁹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 165 y CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario a la Resolución...”, ob. cit., págs. 68 y 69.

²⁸⁰ Señalar, no obstante, como refrenda ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: “Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente”, en *ADC*, 1997, fascículo II, pág. 491, que las adquisiciones *a non domino* son excepcionales.

²⁸¹ Las negociaciones previas a la conclusión de un contrato no son inocuas desde el punto de vista patrimonial sino que pueden generar la denominada *culpa in contrahendo*. Sobre el particular, existe discusión doctrinal acerca de si la responsabilidad

pues el propietario del solar ha de intentar que se recojan en el mismo otras garantías que, si bien no llegarán nunca a equilibrar la pérdida, servirán para compensar pecuniariamente el daño que el incumplimiento del cesionario le pudiera haber producido²⁸². Por consiguiente, habrán de adoptarse por parte del cedente todas las cautelas que sean precisas a fin de intentar minimizar los riesgos pero siendo conscientes de que se debe buscar un equilibrio entre la protección del cedente y la capacidad económica que presente cada cesionario-constructor con objeto de no partir desde la firma del acuerdo con unas mermadas finanzas de éste último, de tal forma que, al menor contratiempo devenga insolvente²⁸³ y el proyecto de edificación quede inconcluso.

Tomando en consideración lo expuesto, en el presente capítulo se abordan los problemas más frecuentes que el cedente se encuentra en la práctica, exponiendo, al mismo tiempo, los recursos con los que cuenta para defenderse de estas agresiones. El motivo que alienta el repaso de estas situaciones conflictivas desde la esfera que concierne al cedente del solar es buscar dentro de las diferentes teorías surgidas en torno a la transmisión de la propiedad de la obra futura que se analizarán en los siguientes capítulos, cuál de ellas solventa con mayor grado de satisfacción la problemática que la *praxis* pone de manifiesto.

generada por la ruptura de los tratos preliminares es de naturaleza contractual o extracontractual como señala NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: "El distinto origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: aportaciones para una revisión crítica de las controversias jurisprudenciales y doctrinales planteadas ante esta dualidad", en *RCDI*, n^o 736, marzo-abril 2013, pág. 1193. También, sobre un análisis en la materia relativa a la «formación del contrato» en los códigos europeos y en algunos americanos, véase ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: "Lealtad en el periodo precontractual", en *ADC*, 2010, fascículo II, págs. 576 a 578, estableciendo que dicha responsabilidad se presenta: a) cuando el contrato adolece de validez imputable a una de las partes al omitir información a la otra; b) cuando una parte no guarda en el curso de la negociación el deber de buena fe y c) cuando una de las partes lesiona la integridad física o patrimonial de la otra.

²⁸² Debe tomarse en consideración que el cedente, además de la contraprestación a percibir de obra futura equivalente en términos pecuniarios al valor del solar transmitido al cesionario, goza de una expectativa respecto a la misma que puede dar lugar a un lucro cesante en el caso de que, a su vez, el cedente haya suscrito un contrato con un tercero para transmitirle parte de la edificación; incluso, puede ser susceptible de reclamar un daño moral si tenía previsto establecer su residencia habitual en alguna de las piezas de edificación que no llegan a entregarse por incumplimientos del constructor, además de por hechos derivados de una variada casuística a valorar caso por caso.

²⁸³ La STS (Sala 1^a) de 10 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 9156), en su Fundamento Jurídico Cuarto, analiza las garantías que el cedente incluyó en el contrato a las que tilda de «duras» pero «lógicas» debido a su posición de desequilibrio respecto al cesionario: *Al analizar el motivo tercero del recurso de casación de la parte contraria, la demandante, se ha resuelto el tema de la cláusula penal. La correcta calificación de los contratos como permuta y con las duras garantías que se imponía a la constructora, lógicas con toda evidencia ya que se le había transmitido una finca como prestación de presente y debía transmitir unos elementos no existentes como prestación de futuro, hacen que el motivo sea desestimado. Aparte de la cláusula penal moratoria no reclamada, se establece una primera cláusula por medio de aval bancario "en garantía de ejecución y entrega de los bienes en construcción..." dentro del plazo pactado: no se cumplió y se ejecutó el aval. La otra cláusula penal, discutida aquí, que le llama "garantía real" aunque no lo sea, quizá para reforzarla gramaticalmente, se impone para el caso de que no se pudiera inscribir la finca con los elementos objeto de la permuta, en el Registro de la Propiedad y esto tampoco se cumplió, puesto que se produjo una inscripción tras el requerimiento de resolución que le dirigió la parte contraria y la inscripción y transmisión de los elementos fue a terceras personas, no a la parte permutante que ahora le reclama la indemnización de los daños, objeto de esta cláusula penal.*

De esta forma, confrontando la problemática que hipotéticamente puede afectar al cedente del solar con las distintas teorías respecto a la transmisión de la propiedad mediante escritura pública de los departamentos futuros se contará con todos los elementos necesarios para posicionarse a favor de aquella que resulte más eficaz a la hora de solventar las vicisitudes que a continuación pasan a exponerse.

II. PROBLEMÁTICA EN LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA

II.1. Embargos trabados sobre la obra futura por los acreedores del cesionario

El patrimonio del constructor-cesionario puede verse afectado por los embargos trabados por sus acreedores a consecuencia de las deudas que mantenga con éstos. Tales débitos pueden provenir tanto de la propia relación mercantil generada entre constructor-acreedor por la participación directa de éste último en la edificación objeto del contrato de aportación de solar por obra futura como haberse generado a raíz de cualquier relación jurídica exógena al mismo²⁸⁴.

La primera de las contingencias expuestas se corresponde con el supuesto prototípico del subcontratista²⁸⁵ o trabajador autónomo²⁸⁶ que ha sufrido un impago por

²⁸⁴ Sobre esta eventualidad: PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 214 y ss.; LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 73 y ss. y RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 264 y ss. Destaca este último autor que la doctrina procesalista admite el embargo de bienes sujetos a prohibición de disponer, extremo refrendado por la RDGRN de 22 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1696), argumentando que el principio de responsabilidad patrimonial universal contenido en el art. 1911 CC tiene carácter imperativo, primando el orden público frente a una posible simulación de deudas con resultados inaceptables para los acreedores, como indica su Fundamento Jurídico Cuarto: *Por todo lo anterior ha de concluirse que la seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan considerables quebrantos para la organización jurídica de la colectividad, debiendo restringirse al efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, pues aun implicando una relativa amortización, contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquéllas fácilmente burladas e inoperantes por la vía de la simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento (art. 3 CC), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (arts. 6 y 7 CC), ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras de la consecución de fines particulares (art. 1255 CC).*

²⁸⁵ De conformidad con el art. 3.f) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, se define al subcontratista como: *la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.*

parte del cesionario y que tiene su origen en el incumplimiento de la forma de pago establecida en los contratos de ejecución de obra suscritos entre ambas partes. El acreedor, una vez instado el procedimiento judicial correspondiente, consigue un título ejecutivo que le permite trabar embargo sobre el solar o, incluso, sobre las fincas que conformarán el futuro edificio si se ha otorgado la escritura de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal del inmueble, constando el cesionario registralmente como único titular de todos los departamentos.

En el capítulo XIII, relativo a la reforma del art. 13 RH introducida por el RD 1867/1998, se comprobará cómo el legislador determinó que en los contratos de cesión de solar por obra futura se conformaba una «comunidad especial» entre cedente y cesionario si se cumplían ciertos requisitos, como describir los elementos independientes según los dictados de la LPH, con fijación de la cuota correspondiente a cada uno de ellos. Sin perjuicio del examen más detallado de las peculiaridades que caracterizaban al referido RD, con esta articulación se trataba de mitigar la debilidad que intrínsecamente envuelve a la figura del cedente del solar, admitiendo la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta, dificultando en gran medida la actuación ejecutiva de los acreedores del cesionario²⁸⁷.

II.2. Declaración del cesionario en concurso de acreedores

Las situaciones de insolvencia aparecen reguladas por la LC, —Ley 22/2003, de 9 de julio—, cuyo art. 2.2 describe que se encuentra dentro de tal circunstancia *el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*. Como es sabido, cuando el deudor es el que solicita el concurso de acreedores se está ante un concurso «voluntario» mientras que si lo hace un acreedor, el concurso se denomina «necesario».

²⁸⁶ Por su parte, el art. 3.g) de la Ley citada en la nota anterior se refiere al trabajador autónomo como: *la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley.*

²⁸⁷ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 672, mantiene que al establecer dicho precepto la «comunidad especial» entre cedente y cesionario, no pudiendo este último enajenar o gravar los elementos independientes sin consentimiento del cedente, no cabría efectuar anotación de embargo alguna por deudas del constructor-cesionario sobre la parte de la obra que configura la contraprestación del cedente.

Con independencia de quien inste el procedimiento concursal en cuestión, esta contingencia originará con toda seguridad²⁸⁸ el fracaso de la promoción inmobiliaria que tuvo su origen en el negocio de cambio de solar por futura edificación, viéndose inmerso el cedente en un procedimiento ejecutivo universal.

Antes de la entrada en vigor de la LC había que atender en estas situaciones a lo prevenido en los arts. 908 a 910 CCom, —derogados por la LC—, habiéndose originado doctrinalmente el debate acerca de la posibilidad de excluir de la masa de la quiebra el solar transmitido al cesionario-quebrado. Se adoptaron dos criterios netamente diferentes: El primero de ellos consistía en aplicar con rigidez el art. 908 CCom²⁸⁹, considerándose al solar como integrante de la masa de la quiebra por entenderse el mismo transferido al quebrado por «título legal e irrevocable». Por su parte, la segunda corriente sustentaba su posición en la tesis defendida por FERNÁNDEZ LÓPEZ²⁹⁰ de que el art. 908 CCom, con la llamada «reivindicación en quiebra o *separatio ex iure domini*»²⁹¹, recogía una modalidad de tercería de dominio, efectuándose entonces una interpretación funcional y teleológica del indicado precepto.

En la actualidad y con carácter general²⁹² hay que acudir a los arts. 61 a 63 LC, preceptos que establecen unas reglas básicas que han de ser aplicadas a todos aquellos contratos pendientes de ejecución en el momento en el que se produce la declaración de concurso de acreedores, partiendo de una distinción esencial: por un lado, los contratos

²⁸⁸ Ello a pesar del espíritu de la LC de continuación de la actividad empresarial plasmado tanto en su Exposición de Motivos: *La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de éste*, como en el art. 44.1 del citado texto legal: *La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor*.

²⁸⁹ El art. 908 CCom contaba con la siguiente redacción: *Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de sus derechos en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla, siempre que cumpliere las obligaciones anejas a los mismos*.

²⁹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel: *La tercería de dominio*, Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 332.

²⁹¹ Véase LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 86 a 88, postulándose a favor de esta opción y RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, págs. 284 a 286, afirmando que no es posible este recurso en virtud de la regulación entonces existente.

²⁹² ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a: “Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n^o 12, 2010, págs. 119 y 120, aclara que en los supuestos de declaración de concurso de acreedores por parte de promotoras inmobiliarias no puede decirse que existan unas reglas generales y uniformes para todos los supuestos que afectan a los compradores de viviendas sobre plano por la multitud de factores que interfieren: el estado de la promoción, las cláusulas de los contratos o el grado de ejecución de la obra.

en los que una de las partes —el concursado o la parte *in bonis*— ha cumplido íntegramente la contraprestación a la que estaba compelida y, por otro lado, los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, total o parcial, por alguna de las partes²⁹³.

Esquemáticamente, el adquirente de viviendas sobre plano puede encontrarse con dos situaciones en el momento en el que se produce la declaración de concurso de acreedores del promotor: que haya pagado íntegramente el precio estipulado por el inmueble futuro o que lo haya satisfecho parcialmente. En el primero de los casos hay que remitirse a lo estatuido en el art. 61.1 LC, incluyéndose el derecho de crédito del comprador en la masa pasiva del concurso. Cuando el adquirente ha abonado parte del precio, hay que considerar que el contrato privado de compraventa es un contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas incumplidas por ambas partes. Así, según lo dispuesto en el art. 61.2 LC, la declaración de concurso no afecta, «por sí sola», al cumplimiento de las prestaciones recíprocas por lo que tanto promotor como comprador seguirán obligados a finalizar la promoción y a seguir satisfaciendo los pagos aplazados según lo convenido. En estos casos, el art. 84.2.6º LC contempla que la entrega de la vivienda, como prestación recíproca pendiente de cumplimiento, tendrá la consideración de crédito contra la masa. Sin embargo, en la práctica, el intento por parte de la empresa concursada de finalizar la promoción impulsada con el alto coste que de ello puede derivarse, entronca directamente con el interés general de la masa de acreedores. Llegados a este punto, la concursada puede instar la resolución judicial de los contratos celebrados con los adquirentes argumentado el «interés del concurso» y la afectación de la masa pasiva ante la onerosidad del proyecto emprendido. El comprador tendrá derecho a la restitución de las cantidades entregadas y a la indemnización de daños y perjuicios que le pudiera corresponder como consecuencia de la resolución unilateral o incumplimiento del concursado, dentro igualmente del marco previsto en el art. 84.2.6º del reiterado cuerpo legal.

²⁹³ Véase MARTÍNEZ SANZ, Fernando y Achim PUETZ: “Los contratos pendientes durante el concurso: adquisición de viviendas en construcción y contrato de obra”, en *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma*, Director: Fernando Martínez Sanz; Coordinador: Achim Puetz, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 414 y ss. También MARTÍNEZ SANZ, Fernando: “Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes de ejecución (1)”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 13, 2010, págs. 87 y ss. y ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a: ob. cit., págs. 119 y ss.

Los mismos preceptos de la LC arriba referenciados son aplicables a la situación en la que se encuentra el cedente del solar, aunque con una sensible diferencia. Recuérdese que el inicial dueño del suelo ha cumplido su contraprestación íntegramente *ab initio* transmitiendo el dominio del mismo al cesionario-constructor, a la espera de que éste construya y le entregue las piezas de edificación pactadas²⁹⁴. De ahí que, siendo paragonable en determinadas circunstancias la situación del cedente del solar con la de los adquirentes de inmuebles futuros mediante contratos privados de compraventa, la diferencia fundamental estriba en que, generalmente, los compradores no habrán desembolsado en su totalidad el precio convenido. En efecto, en estos casos, lo habitual es la entrega de un porcentaje del precio total con carácter previo a formalizar la escritura de compraventa, satisfaciendo el precio restante mediante el recurso a un préstamo con garantía hipotecaria.

La problemática a la que se ha hecho alusión queda reflejada perfectamente en la STS (Sala 1ª) de 27 de abril de 2009²⁹⁵. El litigio que finalmente resolvió el Alto Tribunal principió por demanda interpuesta por los cedentes de un solar contra la entidad cesionaria declarada en quiebra, solicitando la resolución del contrato de permuta del suelo a cambio de una vivienda unifamiliar aislada suscrito con la misma, la nulidad de la escritura pública de constitución del régimen de propiedad horizontal y el derecho a hacer suyas las edificaciones ejecutadas por la quebrada. El TS, sobre la falta de *traditio* de la finca futura, deja constancia de la posición de desequilibrio que ostentan los propietarios de solares que los ceden a cambio de piezas de edificación futura aunque esa debilidad no es óbice para alterar el sistema legal de transmisión de la propiedad, aconsejando recurrir para salvaguardar su derecho de crédito a garantías como el aval bancario o el seguro de caución²⁹⁶. El Fundamento Jurídico Tercero de la referida resolución es elocuente al respecto:

²⁹⁴ Resulta preclara la SAP de Asturias (Sección 1ª Civil), de 13 de junio de 2012 (JUR 2012, 251345), respecto al hecho de que en el momento de declararse el concurso de acreedores el cedente ha cumplido con todas sus obligaciones siendo el cesionario el que se encuentra pendiente de cumplir aquellas a las que estaba impelido. Por ende, estando ante un contrato con obligaciones recíprocas, al amparo del art. 61.1 LC, el derecho del cedente deberá incluirse en la masa pasiva como crédito ordinario, correctamente cuantificado pecuniariamente *ex art.* 88.3 del mismo texto legal, por tratarse de una prestación no dineraria, computándose por su valor económico en la fecha de declaración del concurso.

²⁹⁵ RJ 2009, 4732. Con idénticos argumentos pueden verse la SAP de Asturias (Sección 1ª Civil) de 20 de enero de 2014 (JUR 2014, 41910); SAP de Barcelona (Sección 15ª Civil), de 6 de octubre de 2010 (AC 2010, 2279) y SAP de La Rioja (Sección 1ª Civil), de 24 de octubre de 2008 (JUR 2009, 121812).

²⁹⁶ Sobre estos mismos argumentos se basó la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001, para declarar la nulidad de los tres primeros párrafos del art. 13 RH, según la redacción otorgada al mismo por el RD 1867/1998.

En suma, es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar normalmente lo hipotecará para poder financiar la edificación. Sin embargo esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento.

Únicamente puede privar al cedente de la consideración de su crédito como ordinario el inscribir una garantía real como es la condición resolutoria expresa, en cuyo caso gozará de un crédito con privilegio especial. Este supuesto es el que resuelve la STS (Sala 1ª) de 24 de febrero de 2015²⁹⁷, en el que en la escritura de permuta de solar por obra futura se convino una doble garantía a favor de los cedentes: una condición resolutoria expresa para el supuesto de que el cesionario no hiciera entrega de las piezas pactadas en el plazo establecido más un aval bancario que se correspondía con una indemnización a favor de los propietarios del suelo en caso de que no se entregaran los inmuebles en el plazo establecido, debiendo, en todo caso, cumplirse con la obligación de entregar las fincas estipuladas.

En definitiva, la estricta aplicación práctica de la teoría del título y el modo, interfiere directamente en la imposibilidad de que el cedente de un solar o los compradores de inmuebles sobre plano puedan ser considerados propietarios en el momento de suscribirse el contrato. En efecto, el requisito de la *traditio* o entrega de la posesión se efectuará una vez finalizada la edificación con la formalización de la correspondiente escritura de compraventa con los adquirentes ó, en el caso del cedente, con la suscripción de un acta notarial de entrega de la posesión que hace las veces de modo transmisivo²⁹⁸.

²⁹⁷ RJ 2015, 696.

²⁹⁸ Circunstancia que sigue poniendo de relieve la más reciente jurisprudencia, citando como ejemplo la SAP de Madrid (Sección 18ª Civil), de 14 de abril de 2014 (JUR 2014, 238289).

II.3. Enajenación del cesionario a terceros de los inmuebles futuros que corresponden al cedente como contraprestación

Otro de los riesgos que debe asumir el cedente hasta que el cesionario le hace entrega de la edificación convenida es la enajenación por el constructor a terceros de las piezas de edificación que conforman la contraprestación correspondiente al inicial dueño del suelo.

En este caso, el cedente se enfrenta al derecho privilegiado que ostenta el tercero hipotecario que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad conforme dispone el art. 34 LH, gozando por este motivo de inatacabilidad absoluta en virtud del principio de fe pública registral²⁹⁹. En el plano civil debe acudir al art. 1473 CC³⁰⁰ para los supuestos de dobleventa.

El constructor-cesionario puede encontrarse en una comprometida situación financiera que le lleva a incumplir el contrato con el cedente y a enajenar los inmuebles futuros a terceras personas con objeto de obtener liquidez inmediata. De hecho, RUDA GONZÁLEZ³⁰¹ señala como ejemplo paradigmático de esta coyuntura el supuesto resuelto por la STS (Sala 1ª) de 20 de junio de 1981³⁰² pues la doble venta resultó más ventajosa económicamente para el cesionario tomando en consideración la revalorización en el mercado inmobiliario de los pisos futuros que soportar las consecuencias del incumplimiento frente al cedente.

Con abstracción de las posibles consecuencias de tipo penal que puedan recaer en la conducta del constructor-cesionario, desde el punto de vista estrictamente civil y

²⁹⁹ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., pág. 654. Como señalan Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 341, mediante el principio de fe pública registral, el tercero se hace inmune a las consecuencias que para un adquirente tendría la acción de nulidad o de resolución que atacase al derecho de su *tradens*, siempre que las causas no consten en el Registro de la Propiedad.

³⁰⁰ Señala el citado precepto: *Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.*

³⁰¹ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 261 a 262.

³⁰² RJ 1981, 2533.

siguiendo el elocuente resumen efectuado por LÓPEZ FRÍAS³⁰³, en la práctica pueden darse diferentes situaciones con distinta solución en cada caso:

1ª) En primer lugar hay que atender al supuesto en el que se ha suscrito el contrato de aportación por ambas partes pero el constructor todavía no ha inscrito el solar a su favor en el momento de enajenar al tercero los futuros departamentos. En estos casos hay que acudir al art. 1473.3 CC, posicionando en primer lugar al poseedor de buena fe y subsidiariamente al poseedor de título más antiguo, lo que significa que la permuta con el cedente siempre será anterior a la ulterior compraventa con el tercero. Por consiguiente, de manera trivial, sin reflejo tabular del tercero no puede operar la institución del tercero hipotecario a su favor.

2ª) Cuando, por el contrario, el constructor-cesionario ha inscrito a su favor el terreno que pertenecía al cedente pero no el dominio de los departamentos que una vez construidos se ha obligado a entregar a este último. La diferencia estriba en si el cedente, gracias a la opción de inscripción del edificio en fase de construcción o meramente proyectado —la denominada «prehorizontalidad» contemplada en el art. 8.4 LH que se examinará al analizar la teoría de la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta—, ha conseguido inscribir a su favor en la hoja registral del solar los departamentos convenidos. En este caso, podría considerarse la preferencia del cedente por gozar de protección registral en caso de enajenación por parte del constructor³⁰⁴. En cambio, si no existe mención registral alguna a favor del cedente, el tercero gozará de preferencia en virtud del art. 34 LH³⁰⁵. Cuando sucede esta

³⁰³ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 72 y 73.

³⁰⁴ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 73, se pregunta si en este caso debería admitir el registrador de la propiedad el acceso registral de la compraventa, concluyendo que no debe ser denegado por la prioridad que debe concederse en este supuesto al cedente.

³⁰⁵ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, págs. 224, 225 y 229, señala que cuando el derecho del cedente del solar no ha podido acceder al Registro de la Propiedad hay que recurrir a las normas generales establecidas en los arts. 1473 CC y 34 LH. Asimismo, la citada autora considera prioritario el derecho de los terceros adquirentes si en el origen de su adquisición está la confianza en un negocio simulado realizado por el cedente, como puede ser una compraventa simulada del solar con pacto privado de contraprestación en inmuebles, tomando en consideración los principios generales de seguridad jurídica, protección del tercero de buena fe, la doctrina de los actos propios o invocar la propia causa torpe. También RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 263.

circunstancia el anterior dueño del solar sólo gozará de acción frente al cesionario para exigirle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios³⁰⁶.

3ª) Por último, cuando ambas transmisiones —la del solar y la de los elementos futuros—, han accedido al Registro de la Propiedad, el cedente, como titular registral de los inmuebles que le entregará el cesionario una vez finalizados, podrá hacer valer con carácter preferencial su adquisición a la del ulterior comprador, acudiendo para ello al art. 1473.2 CC.

II.3.1. Buena fe del tercer adquirente

Dentro de esta contingencia que afecta al cedente del solar hay una circunstancia de especial relevancia que debe observarse para que pueda ser oponible por el tercero la adquisición del dominio transmitido por el constructor-cesionario: la buena fe del tercer adquirente para que opere la figura del tercero hipotecario del art. 34 LH. El *accipiens* de determinados inmuebles ubicados en el edificio cuya construcción ha sido promovida o ejecutada directamente por el cesionario debe desconocer que éste ha convenido con el anterior propietario del suelo la entrega de los inmuebles que ahora adquiere como pago por la cesión del suelo para edificar.

En este sentido, como apunta AMORÓS GUARDIOLA³⁰⁷, dentro del Derecho privado puede apreciarse una «buena fe en sentido objetivo», como norma objetiva, interpretativa, la cual apunta a una manera de proceder objetivada a la que las partes se sujetan en el desenvolvimiento de los negocios jurídicos o de las relaciones jurídicas y

³⁰⁶ Véase al respecto la STS (Sala 1ª) de 5 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2162), acerca de la aplicación al caso del principio de relatividad de los contratos como consecuencia de que la enajenación de los pisos o locales que corresponderían al comprador no traspasa dicha obligación personal a los sucesivos adquirentes del solar o de tales pisos o locales. Respecto al cumplimiento por equivalente económico destacan las SSTS (Sala 1ª) de 22 de julio de 1993 (RJ 1993, 6276); 21 de junio y 16 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 5257 y RJ 2002, 10749, respectivamente).

³⁰⁷ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: “La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios”, en *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 542. Este jurista estima que la buena fe es requisito calificador de una conducta jurídicamente relevante, socialmente admitida como necesaria para un determinado nivel de protección, la cual, además, revela posición moral o ética de una persona respecto a una determinada situación. Sobre la buena fe, si bien centrado en la transmisión de bienes muebles, véase el trabajo del mismo autor: “La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe”, en *ADC*, 1972, fascículo I, págs. 189 y ss.

«buena fe en sentido subjetivo», que matiza las consecuencias jurídicas de un acto en función de la conducta psicológica, subjetiva e intransferible del sujeto a que afecta.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN³⁰⁸ inciden en que la buena fe del tercero debe conceptuarse globalmente como desconocimiento de la inexactitud del Registro de la Propiedad. Por lo que respecta a qué diligencia es exigible para comprobar la adecuación entre la realidad registral y la extrarregistral, será aquella que pueda comprobarse empleando medios racionales; no deben exigirse medios exorbitantes o exagerados.

En este ámbito es de destacar la síntesis que efectúa CLEMENTE MEORO³⁰⁹ de las diferentes posiciones defendidas dogmáticamente: 1ª) ha de darse en el momento de celebración del contrato, siendo irrelevante el conocimiento de la inexactitud antes de la tradición o de la inscripción; 2ª) debe concurrir en el momento de otorgarse el título inscribible; 3ª) en el momento en que se produce la tradición y 4ª) cuando se inscribe el título adquisitivo.

A resultas de lo anterior, en el contrato objeto del presente estudio, la buena fe exigible al tercero podría entenderse vulnerada en el supuesto de que el derecho del cedente hubiera tenido acceso de cualquier forma al Registro de la Propiedad. En este caso, el cedente del solar estaría legitimado para entablar con garantías la correspondiente tercería de dominio frente al tercer adquirente³¹⁰.

En la actualidad, y como se tendrá oportunidad de comprobar en el capítulo dedicado al examen pormenorizado del art. 13 RH tras la reforma introducida por el RD

³⁰⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 340.

³⁰⁹ CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: “Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario”, en *RCDI*, septiembre-octubre 2002, págs. 1851 y ss.

³¹⁰ Podría seguirse la tesis defendida por VALLET DE GOYTISOLO, Juan: “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 369 y 370, considerando que el «meollo» se encuentra en el hecho del pago del precio. Cuando se pagó antes o se reconoció su anterior entrega, se aúna la justicia y la técnica para defender que una vez que se ha producido la transmisión de la propiedad el tercer adquirente ya lo será de mala fe. Por ende, dentro del concreto marco del contrato de aportación de solar por obra futura, el pago al que se refiere el citado jurista habría que asimilarlo a la entrega simultánea de los inmuebles futuros a favor del cedente del solar.

1867/1998, el párrafo 4º del art. 13 RH —único vigente, junto al párrafo 5º, después de la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001— contempla la posibilidad de que los contratantes diseñen su negocio jurídico *de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional*, expresándose *de forma escueta* en el cuerpo del asiento que la contraprestación es la obra futura, *pero sin detallar ésta*. A pesar de lo anterior, el precepto citado dispone que tanto en el acta de inscripción como en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción.

No obstante lo anterior, cabría cuestionarse si esa mención escueta y carente de detalle de la obra futura es suficiente para desvirtuar la buena fe del tercero al poder esgrimirse que el adquirente conoce que, cuanto menos, parte del edificio ha sido enajenado al anterior dueño del suelo. La respuesta ofrecida por la doctrina que más ha profundizado en el estudio del contrato objeto del presente trabajo encuentra dudoso que en base a la mención recogida en el párrafo 4º del art. 13 RH pueda concluirse sin ambages que concurra mala fe del tercer adquirente³¹¹. Ciertamente, el requerimiento que la norma efectúa al registrador de la propiedad para que no detalle las unidades de obra que corresponderán al cedente conforme a lo establecido en el contrato de aportación de solar hace fracasar las exigencias del principio de especialidad y transmite inseguridad respecto a los departamentos que conforman la contraprestación a percibir por el cedente.

II.4. Ejecución de la hipoteca constituida por el cesionario sobre el solar

El promotor-constructor, una vez que ha adquirido el solar para ejecutar sobre el mismo su proyecto arquitectónico, acude usualmente a financiación bancaria para poder acometer la edificación. La práctica habitual muestra cómo, en virtud de pacto expreso *ex art. 110.1 LH*³¹², la hipoteca concedida sobre el solar se extenderá al edificio que se

³¹¹ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 264 y 283, se formula esta pregunta pero concluye que es dudoso que se pueda concluir que esta mención sirva para considerar de manera indubitada la existencia de mala fe del tercero. También PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 224, quien añade el caso de que el derecho del cedente haya accedido al Registro de la Propiedad por la vía de los arts. 8.4 y 10 LH

³¹² El señalado precepto reza: *Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 1.º Las mejoras que consistan en nuevas*

ejecute sobre el mismo a fin de incrementar el importe del préstamo económico que se garantiza con la hipoteca. Con posterioridad, otorgada la escritura de obra nueva y división horizontal y antes de iniciar la comercialización de los pisos o locales, el cesionario procederá a dividir la hipoteca y a distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas registrales que conforman el edificio.

Expuesto lo anterior, la posibilidad de que el cedente del solar pueda defenderse frente al acreedor hipotecario cambia diametralmente en función de que su derecho haya accedido o no al Registro de la Propiedad.

En efecto, el derecho del cedente sólo queda garantizado en este caso cuando accede el mismo al Registro de la Propiedad en situación de prehorizontalidad, en virtud del art. 8.4 LH, es decir, estando la obra *comenzada ó meramente proyectada*. Cuando las fincas que el cedente debe recibir como contraprestación se han inscrito a su nombre quedarán a salvo del incumplimiento por parte del cesionario-constructor de su contrato con el acreedor hipotecario por aplicación del principio de prioridad registral. Sin embargo, esta situación determina una disminución de garantía para el acreedor hipotecario en el porcentaje equivalente a las fincas pertenecientes al cedente³¹³, extremo que habrá de tener presente para la concesión de financiación al cesionario³¹⁴.

Al igual que en los supuestos anteriores, es de suma importancia el momento en el que se entienda transmitido el piso o local futuro al primigenio dueño del suelo.

Las resoluciones jurisprudenciales en la materia son sumamente clarificadoras, exponiendo en primer lugar la STS (Sala 1ª) de 14 de junio de 2007³¹⁵, mediante la cual,

plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere.

³¹³ Sobre la posibilidad de excluir de la hipoteca las fincas pertenecientes al cedente del solar en estado de prehorizontalidad véase la SAP de Cantabria (Sección 2ª Civil), de 6 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 2302).

³¹⁴ Estas consideraciones pueden observarse en PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 230 a 233.

³¹⁵ RJ 2007, 3515. En el mismo sentido la STS (Sala 1ª) de 28 de febrero de 2006 (RJ 2006, 696).

el Alto Tribunal resuelve sobre la tercería de dominio entablada por los herederos de D. Alfonso, cedente del solar, frente a la mercantil Construcciones Guzmán Márquez, S.L. y la entidad Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz, con la finalidad de dejar fuera del procedimiento de ejecución hipotecaria entablado por esta última frente a la constructora, la «vivienda tipo B, de la planta primera del edificio sito en Salvatierra de Barros, Carretera de Zafra, s/n, con entrada en el portal dos», considerando los terceristas que la adquisición de la misma se hizo en momento anterior a la constitución de la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la tercería por entender que la escritura de permuta suscrita en su día carece de eficacia jurídico-real y, por consiguiente, no puede producir los efectos transmisivos contenidos en el art. 1462.2 CC, además de considerar que los terceristas no gozan de la posesión a título de dueño sobre la cosa por ser la misma inexistente. Sin embargo, la AP revocó la sentencia de instancia acudiendo al instituto de la prehorizontalidad, entendiendo que el bien hipotecado estaba perfectamente identificado, reprochando a la entidad prestamista la inclusión en la hipoteca de la finca ya transmitida al cedente en la escritura de permuta, conociendo de la existencia de este negocio jurídico.

Ahora bien, el TS no atribuye efectos jurídico-reales a la escritura pública de permuta, con base en una estricta aplicación de la teoría del título y el modo. En este concreto supuesto, el Alto Tribunal dispone que los contratantes ni siquiera habían especificado y determinado suficientemente la cosa objeto de contraprestación sino que lo hacen de forma confusa y genérica, según queda constancia en el Fundamento de Derecho Segundo de la antedicha resolución:

En definitiva, no cabe prescindir en estos casos del requisito del "modo", pues la entrega necesaria para la adquisición del dominio sólo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda en cuestión a los permutantes, incluso en casos como el presente en que se elevó el contrato de permuta a escritura pública. Además, del tenor del título que esgrimen los actores terceristas (la mentada escritura de "permuta") no cabe siquiera individualizar la contraprestación que habrían de recibir, puesto que sólo se concreta la misma con la referencia "planta sótano del edificio, que tendrá su entrada por el regato de la Zarza y una vivienda en la planta primera", sin ni siquiera especificar cabida, superficie o concreta ubicación. Se trata, como señala la

Sentencia de 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1681), de "una propiedad confusa, o genérica, y no entregada".

Asimismo, es muy elocuente la SAP (Sección 1ª Civil), de 30 de marzo de 2007³¹⁶, en la que la sociedad cesionaria, Fernández y Ramos, S.L., constituye hipoteca sobre el solar cedido por D. Iván con la entidad Caja España de Inversiones, S.A., para obtener liquidez con la que financiar la ejecución de las obras proyectadas. Una vez finalizada la construcción, el constructor-cesionario adquiere el compromiso de entregar un piso al cedente del solar libre de cargas. A pesar de lo anterior, Fernández y Ramos, S.L. no cumple con sus obligaciones de pago con la entidad bancaria prestamista y ésta ejecuta la hipoteca constituida en garantía del préstamo concedido, procediendo a embargar la finca que correspondería a D. Iván.

El cedente del solar interpone un procedimiento de tercería de dominio para alzar el embargo sobre su finca pero la Sala considera que el contrato suscrito de cesión de solar por pisos y locales es un contrato atípico *do ut des*, en el que el cedente ostenta únicamente un derecho de crédito frente a la otra parte para reclamar la edificación —a lo sumo un *ius ad rem*— sin que pueda considerarse que el tercerista es titular de una cosa que indebidamente ha sido objeto de hipoteca.

También es revelador el supuesto fallado por la SAP de Cuenca (Sala de lo Civil), de 23 de marzo de 1999³¹⁷, resolviendo un litigio en el que los propietarios de un solar permutaron sus respectivas cuotas indivisas a la promotora inmobiliaria Amonsa, S.L., con objeto de que ésta edificara sobre el mismo y les hiciera entrega, una vez finalizada la construcción, de un local de 155 m² útiles y 164 m² construidos en planta baja y de 20 m² útiles y 21,42 m² construidos en el sótano.

Para hacer frente económicamente a la promoción proyectada, la sociedad citada anteriormente solicitó un préstamo a la entidad financiera Banco Central Hispanoamericano, S.A., constituyendo hipoteca sobre el solar permutado en garantía

³¹⁶ JUR 2007, 271951.

³¹⁷ AC 1999, 4518. Revocada por STS (Sala 1ª) de 28 de febrero de 2006 (RJ 2006, 696).

del préstamo concedido. Debido al incumplimiento por parte de Amonsa, S.L. de las obligaciones relativas a la devolución del préstamo, la entidad bancaria solicitó la ejecución de la hipoteca.

Ante esta eventualidad, los cedentes interpusieron un procedimiento de tercería de dominio por considerar que habían adquirido un derecho real sobre las fincas futuras, siendo desestimada su pretensión por la Sala acogiendo los argumentos reiteradamente expuestos por la doctrina jurisprudencial respecto al estricto respeto a la teoría del título y el modo.

CAPÍTULO VII

LA TERCERÍA DE DOMINIO COMO PRINCIPAL MECANISMO DE DEFENSA DEL CEDENTE DEL SOLAR

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS**
- II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TERCERÍA DE DOMINIO.- II.1. Tesis tradicional. Asimilación de la tercería de dominio con la acción reivindicatoria.- II.2. Tesis distintiva de la tercería de dominio y de la acción reivindicatoria.- II.3. Tesis de la tercería de dominio como acción declarativa de dominio.- II.4. Nueva perspectiva de la tercería de dominio.- II.5. La tercería de dominio y la teoría del título y el modo.- II.5.1. El «título» en la tercería de dominio.- II.5.2. El «modo» en la tercería de dominio.- II.5.3. La relevancia de la fecha de adquisición del dominio por parte del tercerista.- II.6. La tercería registral.- II.6.1. Concepto.- II.6.2. La tercería registral como recurso del cedente frente a los acreedores del cesionario**

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El procedimiento de tercería de dominio adquiere singular relevancia en el ámbito del contrato objeto del presente trabajo. Las resoluciones jurisprudenciales existentes en la materia van a determinar en su inmensa mayoría la imposibilidad de que el primitivo dueño del suelo adquiriera la obra futura antes de la entrega material de la misma como consecuencia de la estricta aplicación que efectúan los Tribunales de Justicia de la teoría del título y el modo. Los fallos jurisprudenciales establecen que no puede predicarse la concurrencia del requisito del modo o entrega de la posesión por tratarse los departamentos futuros de cosas inexistentes sobre las cuales el cesionario-constructor carece de la posesión en concepto de dueño.

No obstante lo anterior, las únicas sentencias que abandonan la casi unánime doctrina jurisprudencial de la eficacia jurídico-obligacional de la escritura pública de

cesión de solar por futura edificación han sido dictadas en procedimientos de tercería de dominio, como se tendrá oportunidad de comprobar detenidamente en el capítulo XII, dedicado a examinar la teoría antagónica, esto es, la que atribuye eficacia jurídico-real a la citada escritura pública.

El cedente del solar, como parte débil del contrato de aportación, queda desamparado durante el amplio período de tiempo que media entre que transmite el suelo al cesionario-constructor hasta que éste le entrega, una vez construidos, los departamentos que hubieran acordado inicialmente. En este amplio margen de tiempo, el cedente puede verse afectado por alguna de las circunstancias examinadas con anterioridad, quedando privado de adquirir el pleno dominio de las unidades de obra pactadas, con la única posibilidad de resarcirse pecuniariamente por equivalente, acción que puede verse enormemente perjudicada si la coyuntura que ha provocado el incumplimiento del cesionario tiene su origen en una situación de sobreendeudamiento o estrangulamiento financiero.

Dicho lo anterior, es sabido que el cauce procesal a seguir cuando se ha producido el embargo de un bien que con anterioridad al mismo ha salido de la órbita de dominio del ejecutado, es la interposición de un procedimiento de tercería de dominio, por suponer una agresión jurídica al actual dueño digna de protección. En este capítulo se hará un acercamiento a la figura de la tercería de dominio como herramienta en manos del inicial propietario del suelo para defender como suyos los inmuebles en construcción convenidos con el cesionario, iniciando el recorrido por las tesis que en cuanto a su naturaleza jurídica han seguido doctrina y jurisprudencia, para terminar con el estudio de los supuestos concretos que brindan las resoluciones de los Tribunales en el marco del contrato objeto de esta investigación y del conexo relativo al ámbito de la compraventa de pisos sobre plano.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TERCERÍA DE DOMINIO

II.1. Tesis tradicional. Asimilación de la tercería de dominio con la acción reivindicatoria.

Originariamente, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia asimilaron la tercería de dominio con la acción reivindicatoria, de modo y manera que, con esta concepción, el actor debía probar taxativamente que el dominio sobre la cosa le pertenecía con anterioridad a la traba, extremo que conlleva asimismo la carga de acreditar que la tradición se produjo con carácter previo a la misma³¹⁸. Este criterio venía asentado en el art. 1532 LEC de 1881, precepto que determinaba que: *las tercerías habrán de fundarse, o en el dominio de los bienes embargados al deudor, o en el derecho del tercero a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante.*

Un ejemplo de esta jurisprudencia se recoge en la sentencia del Alto Tribunal (Sala 1ª) de 22 de junio de 1995³¹⁹, según queda constatado en su Fundamento de Derecho Séptimo:

Indudablemente, como bien expresaron las Sentencias de 6 diciembre 1989 y 16 febrero 1990, siguiendo la tónica imperante en la jurisprudencia de la Sala la acción de tercería de dominio (que presenta innegable semejanza con la reivindicatoria), tiende, de modo esencial, a sustraer de un procedimiento de apremio, bienes no ya pertenecientes al patrimonio del ejecutado, toda vez que los bienes que han de responder de las deudas contraídas son sólo los que se encuentran incorporados a dicho patrimonio al momento de ejercitarse la acción para el cobro de aquéllas, por lo que ha de protegerse al tercerista cuando justifica su mejor derecho dominical sobre los bienes embargados, por medio de cualesquiera de las pruebas admitidas en derecho.

³¹⁸ Puede verse la alusión a esta corriente en LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 75; PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 220 y 221; CORDÓN MORENO, Faustino: “Cuestiones sobre la tercería de dominio”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. II, (BIB 1993\36), págs. 1 y 2; LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: “Tercería de dominio sobre inmuebles que se permutan a cambio de obra a construir. Comentario a la STS número 96 de 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1681)”, en *RDP*, nº 15/2005, (BIB 2005\1511), pág. 2; RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 269 y REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: “El título en la tercería de dominio”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. II, (BIB 1993\109), pág. 1. En general sobre las tercerías de dominio véase: CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Las tercerías en el orden inmobiliario*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1992 y ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *Tercería de dominio y su relación con el sistema transmisorio*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

³¹⁹ RJ 1995, 4977. También las SSTS (Sala 1ª) de 29 de enero de 1964 (RJ 1964, 391); 22 de febrero y 3 de marzo de 1980 (RJ 1980, 425 y RJ 1980, 841, respectivamente); 23 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6998); 26 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1434); 13 de febrero y 7 de marzo de 1985 (RJ 1985, 549 y RJ 1985, 1131, respectivamente) y 18 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4094). Destacar por separado la STS (Sala 1ª) de 2 de julio de 1984 (RJ 1984, 3788) en la que se conceptúa a la tercería de dominio como una acción «cuasi reivindicatoria».

II.2. Tesis distintiva de la tercería de dominio y de la acción reivindicatoria

Posteriormente comenzó a distinguirse entre la tercería de dominio y la acción reivindicatoria atendiendo a la diferente finalidad de cada una de ellas. La tercería de dominio se dirige a liberar los bienes embargados con objeto de excluirlos de la vía de apremio, mientras que la acción reivindicatoria está enfocada a recuperar el dominio sobre la cosa³²⁰.

A su vez, se han señalado diferencias también en cuanto a la legitimación pasiva de ambas acciones toda vez que la tercería de dominio se interpone frente al acreedor ejecutante y frente al deudor ejecutado, con independencia de que sea éste último poseedor o no del bien objeto de embargo y en la acción reivindicatoria la acción se dirige frente al poseedor no propietario por el propietario no poseedor.

El Alto Tribunal vino poco a poco a señalar el ámbito propio de la tercería de dominio frente a la acción reivindicatoria, tal como enseña la STS (Sala 1ª) de 8 de mayo de 1986³²¹ enumerando en su Fundamento de Derecho Segundo las diferencias entre ambas acciones:

a) la acción reivindicatoria se interpone por el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario; mientras que la tercería de dominio puede ejercitarse por el mismo propietario que posee el bien indebidamente trabado; b) la acción reivindicatoria se actúa frente al poseedor o detentador; mientras que la acción de tercería de dominio incluso con el sentido lato que la refiere a derechos inmateriales, se interpone frente al ejecutante que no posee ni detenta y también contra el ejecutado, quien no siempre es poseedor, unidos estos dos últimos en el litisconsorcio necesario que resulta del artículo 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento civil; c) finalmente, la acción reivindicatoria pretende la recuperación dominical de la cosa, en tanto que la acción de tercería se dirige al levantamiento del embargo por lo cual le conviene el carácter de declarativa de la titularidad sobre el bien o derecho embargado y tiene por objeto el levantamiento de la traba.

³²⁰ CORDÓN MORENO, Faustino: ob. cit., pág. 3, reseña que: «el juicio de tercería de dominio, cuando se embargan bienes que pertenecen al tercero no ejecutado, supone una afección indirecta de este tercero, por cuanto su vinculación con el proceso de ejecución pendiente sólo se realiza a través del concreto bien que ha sido indebidamente embargado. Por consiguiente, el objeto de la acción de tercería, como ya dijimos, se concretará a la impugnación del embargo indebidamente trabado».

³²¹ RJ 1986, 2348. Idéntica argumentación puede comprobarse en las SSTs (Sala 1ª) de 29 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5077); 15 de febrero de 1985 (RJ 1985, 812); 22 de julio de 1985 (RJ 1985, 4096); 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10283) y 30 de enero de 1992 (RJ 1992, 533).

II.3. Tesis de la tercería de dominio como acción declarativa de dominio

Otra corriente jurisprudencial ha entendido que la sentencia que se dicte proceda a la declaración de que el bien objeto de embargo no pertenece al ejecutado sino al tercero que interpone la tercería de dominio, debiendo éste probar que es propietario de la cosa embargada con anterioridad a la traba, como perfectamente queda determinado en el Considerando primero de la STS (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 1985³²²:

Que sin desconocer las indudables analogías entre la acción que se ejercita con la tercería de dominio y la propiamente reivindicatoria, es evidente realidad que como ya proclamaron las sentencias de esta Sala de trece de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (RJ 1982\7476), veintinueve de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (RJ 1984\5077) y quince de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (RJ 1985\812), por citar las más recientes, la primordial finalidad de la pretensión actuada en la tercería de dominio es el levantamiento de la traba de embargo afectante al bien que sea su objeto, por lo que conviene más a la naturaleza de la acción del tercerista el carácter de declarativa de la titularidad dominical del bien embargado y consiguiente levantamiento de una traba que recayó sobre bienes que no eran de la propiedad del deudor ejecutado en el procedimiento principal de que la tercería dimana, lo que hace que, como igualmente pone de relieve la primeramente referida sentencia y las mencionadas en la misma, sean requisitos ineludibles para que la postulación del tercerista pueda prosperar la prueba de su dominio y que su adquisición fue anterior a la fecha en que fue practicado para garantizar el cobro de un crédito por el ejecutante, no siendo óbice para la estimación de la tercería la circunstancia de la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad.

II.4. Nueva perspectiva de la tercería de dominio

Con el paso del tiempo, la doctrina científica ha ido apuntando una nueva vía para dotar de legitimación al tercerista cuando éste todavía no ha llegado a adquirir el pleno dominio de la cosa embargada por faltar el requisito de la *traditio*.

La nueva visión está basada en la tesis del procesalista FERNÁNDEZ LÓPEZ³²³ quien considera que la tercería ni es, ni se parece a una acción reivindicatoria. De esta

³²² RJ 1985, 4473. El mismo criterio puede observarse en las SSTs (Sala 1ª) de 29 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5077); 5 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9404); 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3887) y 14 de junio de 2007 (RJ 2004, 3516).

³²³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel y otros: *Derecho Procesal Práctico*, Tomo V, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 887. El fundamento en la tesis de FERNÁNDEZ LÓPEZ lo ponen de manifiesto LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 80 y 81; RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 271 a 274 y PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 222 y 223. Asimismo, CORDÓN MORENO, Faustino: ob. cit., pág. 1, suscribe que con los trabajos científicos sobre la tercería de dominio, especialmente de FERNÁNDEZ LÓPEZ, se ha fijado «la pauta seguida por el Tribunal Supremo a la hora de precisar su naturaleza, diferenciándola de la acción reivindicatoria, y han contribuido a

forma —asevera—, «fundamento jurídico o causa de pedir suficiente para fundar la tercería de dominio *es la existencia de un derecho del tercerista suficiente para alzar el embargo*; o, si se prefiere, la existencia de un derecho que *se oponga a la venta o adjudicación del bien* errónea o indebidamente embargado. Sea ese derecho que se opone al embargo el mismísimo derecho de propiedad, sea la “titularidad” en los bienes no susceptibles de dominio o sea otro derecho que, sin ser pleno y perfecto sería burlado con la traba y posterior realización del bien embargado». Es más, el citado jurista considera arcaico el art. 1532 de la LEC de 1881 y desacertada la jurisprudencia del TS que reiteradamente ha repetido que para que sea estimada la tercería es preciso que el actor pruebe que concurre el dominio «exclusivo y excluyente» sobre los bienes embargados, argumento que llevado al extremo determina resultados absurdos.

Con la entrada en vigor de la LEC 1/2000 de 7 de enero, se produce el cambio de concepción demandado por la doctrina científica³²⁴. Este criterio es el que quedó plasmado en el art. 595 LEC³²⁵.

Como indica DÍAZ FRAILE³²⁶, la regulación establecida en la LEC con respecto a la traba conlleva que se embarguen bienes del ejecutado con que existan indicios o

clarificar, dentro de una jurisprudencia abundante y muchas veces contradictoria, bastantes de los problemas —procesales y sustantivos— que presenta».

³²⁴ SALAS CARCELLER, Antonio: “El objeto del proceso sobre tercería de dominio. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2005”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* n° 1/2006 (BIB 2006\122), pág. 2.

³²⁵ El art. 595 LEC reza así: *1. Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo. 2. Podrán también interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, pueden oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado. 3. Con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista.* La propia Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, de 7 de enero, justifica este cambio: *La tercería de dominio no se concibe ya como proceso ordinario definitivo del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo del bien objeto de la tercería, sino como incidente, en sentido estricto, de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo. Se trata de una opción, recomendada por la doctrina, que ofrece la ventaja de no conllevar una demora del proceso de ejecución respecto del bien correspondiente, demora que, pese a la mayor simplicidad de los procesos ordinarios de esta Ley, no puede dejar de considerarse a la luz de la doble instancia y sin que el nuevo régimen de ejecución provisional pueda constituir, en cuanto a la ejecución pendiente, una respuesta adecuada al referido problema.*

³²⁶ DÍAZ FRAILE, Juan M^a: “Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, n° 688, marzo-abril 2005, págs. 3 y ss. De esta circunstancia también se hace eco LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: ob. cit., pág. 2: «No obstante, si el juez debiera comprobar en todo caso, antes de proceder a la práctica del embargo, la verdadera titularidad del deudor-ejecutado sobre los bienes o derechos que se verán afectados por aquél, sería necesaria una sentencia que así lo declarara, dificultando en la mayor parte de las ocasiones la ejecución de la sentencia, y convirtiendo prácticamente en inútil la tutela ejecutiva ya desde sus primeros momentos. Ante tal dificultad, se ha optado por permitir el embargo de los bienes y derechos que en apariencia pertenezcan al deudor, en base a la constatación de circunstancias externas perceptibles de las que se pueda deducir dicha pertenencia, lo que no impide, evidentemente, que puedan verse afectados bienes o derechos pertenecientes a terceros, a cuya disposición deben ponerse instrumentos de tutela eficaces, entre ellos, la tercería de dominio».

signos externos por los que se pueda deducir razonablemente que los mismos le pertenecen. El legislador ha asumido este posible inconveniente en razón a la finalidad de que el procedimiento de ejecución produzca una tutela judicial del derecho de crédito de forma mínimamente efectiva, desde la perspectiva de que una prueba plena de la titularidad del bien facilitaría eventuales maniobras fraudulentas de los ejecutados con el fin de vaciar simuladamente su patrimonio para dejarlo a salvo de cualquier acción ejecutiva contra el mismo.

No obstante, el art. 593. 2 y 3 LEC³²⁷ contempla un trámite de audiencia al tercero, con suspensión del embargo, para que formule alegaciones cuando el Tribunal cuente con motivos racionales para considerar que el bien que será objeto de la traba pueda pertenecer a alguien distinto al ejecutado. Transcurrido este plazo, el único remedio al que puede acudir el tercero afectado por el embargo será la interposición de la concreta tercería de dominio³²⁸.

³²⁷ La redacción de los párrafos 2º y 3º del art. 593 LEC, vigente desde el día 4 de mayo de 2010, según la redacción conferida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial es la que sigue: 2. *Cuando por percepción directa o por manifestaciones del ejecutado o de otras personas, el Secretario judicial tuviera motivos racionales para entender que los bienes que se propone trabar pueden pertenecer a un tercero, ordenará mediante diligencia de ordenación que se le haga saber la inminencia de la traba. Si, en el plazo de cinco días, el tercero no compareciere o no diere razones, el Secretario judicial dictará decreto mandando trabar los bienes, a no ser que las partes, dentro del mismo plazo concedido al tercero, hayan manifestado su conformidad en que no se realice el embargo. Si el tercero se opusiere razonadamente al embargo aportando, en su caso, los documentos que justifiquen su derecho, el Secretario judicial, previo traslado a las partes por plazo común de cinco días, remitirá los autos al Tribunal para que resuelva lo que proceda.*

3. *Tratándose de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, se ordenará, en todo caso, su embargo a no ser que el tercero acredite ser titular registral mediante la correspondiente certificación del Registrador, quedando a salvo el derecho de los eventuales titulares no inscritos, que podrá ejercitarse contra quien y como corresponda.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el bien de cuyo embargo se trate sea la vivienda familiar del tercero y éste presentare al Tribunal el documento privado que justifique su adquisición, el Secretario judicial dará traslado a las partes y, si éstas, en el plazo de cinco días, manifestaren su conformidad en que no se realice el embargo, el Secretario se abstendrá de acordarlo.

³²⁸ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: ob. cit., pág. 2, se hace eco de las distorsiones que se palpaban en la legislación procesal anterior, con una práctica diaria que evidenciaba un incremento constante de este tipo de procedimientos sobre la base de una mayor proliferación de créditos contraídos por los deudores y la insuficiencia de sus bienes para alcanzar a extinguir la completa deuda, extremo que hacía que entre los propios acreedores se dilucidaran continuamente tercerías de mejor derecho o que tales acreedores, en el momento de practicar los embargos, en el juicio ejecutivo o en la vía de apremio, apoyados «por una rutinaria falta de control judicial» no fuesen «excesivamente escrupulosos» a la hora de realizar la traba sobre bienes del deudor, incluyendo «con facilidad (derivado de una mera tenencia posesoria o según consten en el listado ad hoc solicitado a través de una indiscriminada saca registral) algunos de ajena pertenencia cuyos auténticos propietarios se verán desagradablemente sorprendidos o que, por último, sea el propio deudor quien, con una finalidad liberatoria de los bienes de las inevitables responsabilidades patrimoniales a que se van a ver afectos de manera más o menos inmediata (incumplimiento de la obligación), de múltiples y variadas formas consigue que la titularidad –aparente o no– aparezca formalmente referida a un tercero que con seguridad reaccionará ante «el improcedente embargo» mediante el ejercicio de la oportuna acción».

En definitiva, como deja sentado ORTELLS RAMOS³²⁹, la tercería de dominio ha quedado configurada como una acción constitutiva de naturaleza procesal y no una acción reivindicatoria de condena o una acción meramente declarativa de dominio. Se trata de una acción de carácter impugnativa o extintiva toda vez que debe ir exclusivamente encaminada a alzar o mantener el embargo sobre todo tipo de bienes y derechos, y no sólo a aquellos que sean susceptibles de dominio.

II.5. La tercería de dominio y la teoría del título y el modo

Expuestas las tesis anteriores sobre la evolución experimentada por la tercería de dominio, se desemboca nuevamente en cómo afecta a dicho cauce procesal el sistema de adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales vigente en el ordenamiento jurídico español: la teoría del título y el modo.

II.5.1. El «título» en la tercería de dominio

Será título válido suficiente para legitimar al tercerista en el ejercicio de esta acción todo contrato con finalidad traslativa según los caracteres ya expuestos en el capítulo II al examinar la teoría del título y el modo³³⁰. En este sentido, la tercería de dominio fundada en un documento privado será objeto de desestimación si no ha mediado entrega o *traditio* pues como señala el Alto Tribunal, el contrato privado por sí sólo genera únicamente un título obligacional de entrega³³¹.

Conviene analizar la validez del referido contrato plasmado en documento privado debido a una eficacia *erga omnes* más limitada y a la importancia al respecto

³²⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel: *Proceso Civil Práctico*, Tomo VII, Director: Vicente Gimeno Sendra, La Ley, Madrid, 2002, págs. 305 y 306. Por su parte, RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 272, deja sentado que esta configuración parece acertada aunque resultan excesivas algunas derivaciones de la misma.

³³⁰ Véase SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 680 a 691.

³³¹ Así se constata, entre otras, en las SSTs (Sala 1^a) de 26 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8490); 20 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1694); 21 de marzo y 14 de julio de 1998 (RJ 1998, 1511 y RJ 1998, 5548, respectivamente); 14 de febrero y 10 de julio de 2002 (RJ 2002, 1441 y RJ 2002, 5908, respectivamente) y 18 de julio de 2005 (RJ 2005, 5481).

que corresponde al art. 1227 CC. Obviamente, el hecho de que el contrato en cuestión no sea oponible frente a terceros abre la puerta a la especulación acerca de un posible fraude en cuanto a la verdadera titularidad de la cosa y a la predatación *ad hoc* del documento con objeto de excluir al mismo de la traba.

En efecto, la corriente clásica se sustenta en la aplicación estricta del art. 1227 CC, de tal forma que, la demostración de la titularidad de la cosa no podrá apoyarse en un documento privado cuya fecha no sea oponible *erga omnes*.

No obstante, la anterior tesis está en la actualidad completamente superada, cediendo el tenor literal del art. 1227 CC cuando por los demás medios de prueba admitidos en Derecho se alcance certeza acerca de la fecha del documento, su autenticidad y su contenido, independientemente de que concurren o no las circunstancias descritas en el antedicho precepto³³².

II.5.2. El «modo» en la tercería de dominio

Para completar el proceso de adquisición del dominio según el sistema vigente de adquisición de la propiedad y demás derechos reales será necesario que exista entrega o *traditio* de la cosa embargada en las diferentes formas admitidas. El tercerista, además de acreditar en el proceso que posee título válido para su adquisición, deberá demostrar que es propietario del bien por haberse producido la entrega por parte del ejecutado con anterioridad a la fecha de la traba³³³.

³³² Así lo especifica MONDÉJAR PEÑA, M^o Isabel: “Eficacia frente al embargo de la «traditio ficta» basada en un contrato privado. Comentario a la Sentencia del TS de 12 de noviembre de 2003”, en *RDP*, n^o 15/2005 (BIB 2005\1505), pág. 4, estableciendo la operatividad del art. 1227 CC cuando el hecho al que se refiere el documento no se puede acreditar más que a través de él. Por su parte el Alto Tribunal así lo ha ratificado como puede comprobarse en las SSTs (Sala 1^a) de 6 y 26 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1670 y RJ 1990, 1900, respectivamente); 26 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8490); 24 de enero, 23 de febrero y 19 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 203, RJ 1992, 2223 y RJ 1992, 9243, respectivamente); 30 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9908); 9 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2205); 1 de febrero de 1995 (RJ 1995, 727); 27 de junio, 3 de julio, 17 de septiembre, 18 de septiembre y 23 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 4797, RJ 1996, 5555, RJ 1996, 6723, RJ 1996, 6725 y RJ 1996, 9220, respectivamente); 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6723); 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6725); 9 de junio de 1999 (RJ 1999, 4732); 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9684); 14 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2588), 21 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2915) y 29 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2309).

³³³ En el caso de adquisición de los bienes por virtud de subasta judicial debe acudir al estudio específico efectuado por VERDERA SERVER, Rafael: “Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial”, en *RDP*, n^o 25, año 2010-2 (BIB 2010\1601), págs. 1 y ss.

De hecho, a pesar de que el ordenamiento jurídico español ha ido flexibilizando paulatina y progresivamente el requisito de la *traditio* para adquirir el dominio, en el caso de documentos privados no es suficiente el acuerdo de las partes sino que deberá constatarse que externamente ha existido algún indicio de que el adquirente ha ejercitado sus poderes dominicales³³⁴.

La constancia del negocio jurídico transmisivo en escritura pública proporcionará al tercerista una posición más cómoda respecto al *onus probandi* que pesa sobre él al haber operado la transmisión instrumental de conformidad con el art. 1462.2 CC. Ahora bien, el documento privado, según lo expuesto, conlleva una mayor dificultad probatoria para el actor en la tercería de dominio toda vez que no sólo es suficiente demostrar indubitadamente la realidad de la fecha de suscripción del mismo sino que ha existido tradición material de la cosa a favor del tercerista y, por ende, que se haya perfeccionado todo el *iter* traslativo concurriendo título y modo.

II.5.3. La relevancia de la fecha de adquisición del dominio por parte del tercerista

Junto al título y al modo, necesariamente concurrentes para completar la adquisición del dominio por parte del tercerista, es de importancia nuclear para la prosperabilidad del procedimiento de tercería de dominio acreditar que la adquisición de la propiedad de la cosa embargada por parte del mismo ha acaecido cronológicamente antes de la traba³³⁵. En este sentido la jurisprudencia del TS es igualmente diáfana, extractando entre de entre las resoluciones más significativas la STS (Sala 1ª) de 31 de diciembre de 2004³³⁶, cuyo Fundamento Jurídico Segundo expresa lo siguiente:

³³⁴ Así MONDEJAR PEÑA, Mª Isabel: ob. cit., pág. 7.

³³⁵ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: ob. cit., pág. 4, constata que «con independencia de los problemas de prueba de la realidad de la fecha del título adquisitivo (documento privado) y de la propia existencia de la entrega posesoria con efectos traslativos, la anterioridad a la fecha del embargo se presenta como uno de los mayores problemas para la prosperabilidad de la tercería principalmente por cuestiones de índole jurídica en que hay que resolver, conforme a Derecho, el orden cronológico del título, la adquisición y el embargo».

³³⁶ RJ 2005, 1249. Además, se hacen constar las SSTS (Sala 1ª) de 21 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1511); 30 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8138); 23 de julio de 2002 (RJ 2002, 7481); 20 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7511); 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9282) y 10 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2729).

Esta Sala tiene sentado que son requisitos ineludibles para que la postulación del tercerista pueda prosperar la acreditación de su dominio y que su adquisición fue anterior a la fecha en que se practicó el embargo (STS de 13 de diciembre de 1982 [RJ 1982, 7476], 17 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6132], 7 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1131] y 4 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7456]); lo que hay que tener en cuenta en orden a la tercería de dominio es la situación de éste existente al tiempo en que el embargo se efectuó y no las situaciones dominicales que puedan surgir con posterioridad (STS de 1 de febrero [RJ 1995, 727] y 4 de abril de 1985 [RJ 1985, 2932]); la viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio requiere que la justificación documental del tercerista sea referida a la fecha en que se realizó el embargo causante de la privación posesoria de la propiedad del bien embargado, por ser en tal momento cuando se produce la perturbación, habida cuenta de que la anotación preventiva del embargo no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación, ni el favorecido goza de la protección de la fe pública registral porque aquellos actos anteriores no estén inscritos, ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento (STS de 24 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1642]).

II.6. La tercería registral

II.6.1. Concepto

Con esta denominación se conoce al procedimiento contemplado en el art. 38.3 LH para los supuestos en los que existiendo un embargo preventivo, un juicio ejecutivo o una vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados inscritos a favor de persona distinta del deudor. El titular registral deberá hacer aportar a los citados procedimientos la certificación expedida por el Registro de la Propiedad en la que conste su titularidad sobre los referidos bienes o derechos reales, extremo que provocará el sobreseimiento de los mismos frente a él. El acreedor ejecutante mantiene su acción para perseguir otros bienes del deudor en el mismo juicio ejecutivo o instar el juicio que corresponda para resolver sobre su derecho en relación a los bienes respecto a los que se suspende el procedimiento.

II.6.2. La tercería registral como recurso del cedente frente a los acreedores del cesionario

El art. 38.3 LH legitima para acudir al procedimiento de tercería registral a la persona que tiene inscrito a su favor el bien inmueble o derecho real sobre el que se ha

instado un embargo preventivo, un juicio ejecutivo o una vía de apremio. Por tanto, para que el cedente del solar pueda accionar en defensa de su patrimonio debe gozar de la protección que dispensa el Registro de la Propiedad habiendo inscrito a su nombre, con carácter previo a la iniciación de cualquiera de los procedimientos descritos, las piezas de edificación pactadas con el cesionario.

RUDA GONZÁLEZ³³⁷ delimita los casos en los que el cedente puede acudir a la tercería registral: 1º) en los supuestos en que se ha transmitido al cesionario-constructor únicamente una cuota indivisa y 2º) cuando los pisos o locales se han entregado al cedente con anterioridad a los procedimientos relacionados en el art. 38.3 LH.

Para finalizar, es sumamente relevante hacer hincapié en la ventaja que representa para el dueño del suelo el inscribir su propiedad sobre las piezas de edificación pactadas al poder disponer del recurso a la tercería registral en defensa de su patrimonio. La razón de esta aseveración proviene de la conceptualización del propio TS respecto a la misma como *método tan simple como eficaz*³³⁸.

³³⁷ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 269.

³³⁸ Así se constata en la STS (Sala 1ª) de 20 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8048).

CAPÍTULO VIII

OTRAS GARANTÍAS A FAVOR DEL CEDENTE UTILIZADAS EN EL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA.- II.1. Concepto.- II.2 Inscripción de la condición resolutoria en el Registro de la Propiedad.- II.3. Efectos de la condición resolutoria una vez verificado el incumplimiento del cesionario**
- III. CONDICIÓN SUSPENSIVA.- III.1. Concepto.- III.2. Aplicación de la condición suspensiva como garantía a favor del cedente del solar**
- IV. HIPOTECA IV.1. Concepto.- IV.2. Utilización de la hipoteca como garantía a favor del cedente del solar**
- V. RESERVA DE DOMINIO.- V.1. Concepto.- V.2. Naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio.- V.3. Efectos de la inclusión de la reserva de dominio en el contrato de permuta de solar por obra futura**
- VI. PROHIBICIÓN DE DISPONER.- VI.1. Concepto.- VI.2. Aplicación de la prohibición de disponer en el contrato de permuta de solar por obra futura**
- VII. AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO.- VII.1. Concepto.- VII.2. Finalidad del aval a primer requerimiento en el contrato de permuta de solar por obra futura**
- VIII. SEGURO DE CAUCIÓN.- VIII.1. Concepto.- VIII.2. Finalidad del seguro de caución en el contrato de permuta de solar por obra futura**
- IX. LA CLÁUSULA PENAL.- IX.1. Concepto.- IX.2. Aplicación de la cláusula penal en el contrato de permuta de solar por obra futura**

I. INTRODUCCIÓN

El propietario del suelo puede intentar incluir en el contrato de aportación de solar otras garantías que le sirvan de ayuda para atemperar los riesgos que ha de soportar una vez que ha transmitido el solar al cesionario y, por consiguiente, ha dado íntegro cumplimiento a su contraprestación. A partir de ese momento, el cedente queda

en situación expectante en relación a la entrega de las futuras piezas de edificación que ni siquiera se han comenzado a ejecutar en el momento de suscribir el citado contrato.

La posibilidad de que en el contrato se recojan un mayor o menor número de garantías a favor del cedente dependerá de diferentes factores, entre ellos, la capacidad de negociación de las partes, la solvencia económica o capacidad de endeudamiento del cesionario, la posibilidad o no de posposición de rangos hipotecarios y un infinito etcétera, distinto en cada uno de los universos contractuales.

En todo caso, la no culminación por parte del cesionario del proyecto inmobiliario provocará una insatisfacción en el cedente, máxime si entre los departamentos que debía recibir se encontraba la finca destinada a convertirse en su vivienda habitual. Por ende, quedará truncada la causa del contrato para el propietario del solar a la hora de suscribir el negocio de permuta de suelo por futura edificación. En estos supuestos, el incumplimiento del cesionario puede paliarse, aunque sea parcialmente, recurriendo a las garantías³³⁹ que se exponen a continuación.

II. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA

II.1. Concepto

Consiste en una estipulación contractual mediante la cual las partes, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, vinculan la pervivencia del contrato al hecho de que ocurra un acontecimiento futuro e incierto que daría lugar a la resolución del contrato³⁴⁰, extremo que lleva anudada la recuperación del dominio por parte del

³³⁹ ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 670, denomina a estas garantías como «tradicionales».

³⁴⁰ CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2010, págs. 537 a 546. Para el autor, toda condición, ya sea resolutoria, ya sea suspensiva, consiste en una determinación contractual hipotética que las partes pactan para hacer depender en todo o en parte los efectos de un contrato, o su subsistencia, de un acontecimiento futuro e incierto. Aduce este jurista que la condición no se presume sino que es una determinación accesorio de la voluntad que modifica el curso natural de los efectos de negocio jurídico. Tanto la condición suspensiva como resolutoria constituyen un mecanismo técnico que permite a las

acreedor si se incumple la obligación principal garantizada³⁴¹. La condición produce sus efectos *ipso iure*, de modo que no resulta necesario llevar a cabo ningún acto adicional a su verificación³⁴².

Como señala SERRANO CHAMORRO³⁴³, la condición resolutoria goza de gran predicamento y difusión en el ordenamiento jurídico español siendo muy utilizada en las compraventas con precio aplazado, habiéndola elevado el art. 11 LH³⁴⁴ al mismo rango de la hipoteca. Incluso, algún autor³⁴⁵ ha encontrado sus beneficios frente a la hipoteca en el hecho de que la resolución, en esencia, es un procedimiento más rápido y drástico que la garantía hipotecaria la cual aboca a un procedimiento ejecutivo con más dilaciones y gastos.

La condición resolutoria expresa se erige como la garantía más utilizada en los contratos de cesión de solar por futura edificación debido a su incidencia en la vertiente

partes precaverse del advenimiento o no de acontecimientos inciertos (temidos o esperados) sin renuncia actual a las ventajas de vincularse. Como significa el antedicho tratadista: «la condición neutraliza riesgos» y con la inclusión de una condición en los contratos «se dispone del beneficio del contrato pero no de su riesgo implícito».

³⁴¹ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., pág. 707.

³⁴² GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Inscripción de condición resolutoria en garantía del precio aplazado”, en *RCDI*, nº 613, noviembre-diciembre 1992, pág. 2470; RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 176; PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 300; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: “Contrato atípico de aportación de solar por edificación futura”, en *ADC*, nº 2, 2006, págs. 2246 y 2247; SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: “El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario”, en *RCDI*, nº 642, septiembre-octubre 1997, ob. cit., pág. 1691; ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 670 y en “Los incumplimientos contractuales...”, ob. cit., pág. 25 y LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 98, en relación con la casuística que se produce si opera la condición resolutoria y el cedente todavía no ha recibido los pisos que el constructor estaba obligado a ejecutar. En general sobre esta garantía RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos Javier: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, 2^a edición, Dykinson, Madrid, 1997.

³⁴³ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: “El apogeo de la permuta...”, ob. cit., pág. 1688.

³⁴⁴ El art. 11 LH, en vigor desde el 1 de noviembre de 2015, de conformidad con la redacción conferida por el art. Primero, apartado Tres, de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la LH aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por RDL 1/2004, de 5 de marzo, establece que: *En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, debiendo acreditarse los medios de pago utilizados, en la forma establecida en los artículos 21, 254 y 255 de esta Ley.*

La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas.

Lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie.

El texto anterior a 1 de noviembre de 2015 se corresponde con los párrafos 2º y 3º de la redacción actual, habiendo añadido la Ley 13/2015 el texto del párrafo 1º.

³⁴⁵ ROVIRA JAÉN, Francisco Javier: “La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, nº 463, noviembre-diciembre 1967, pág. 1673.

jurídico-real de esta operación³⁴⁶. En efecto, en la casuística de los contratos de permuta de solar por obra futura, el incumplimiento del cesionario-constructor implica que el cedente recupere el dominio del solar, sin perjuicio de las consecuencias que las partes hayan establecido contractualmente para los supuestos de incumplimiento pues resulta conveniente establecer en el contrato qué sucederá cuando el edificio no se ha comenzado a ejecutar o se ha hecho parcialmente.

Los supuestos en los cuales se recurre por parte del cedente a incluir esta garantía son muy variados³⁴⁷, primando aquellos en los que se establece en garantía de la entrega de la edificación convenida en un plazo determinado, como sucede en las SSTS (Sala 1ª) de 14 de febrero de 2011³⁴⁸ y 28 de noviembre de 2006³⁴⁹.

No obstante, la utilización de esta garantía se extiende a cualquier supuesto que le pueda resultar beneficioso al cedente del solar, como la denegación o retraso en la obtención de la licencia de obras en el plazo fijado al efecto como sucede en la STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2002³⁵⁰ o la no aprobación por el Ayuntamiento del proyecto de ejecución presentado para edificar, ejemplo contenido en la STS (Sala 1ª) de 13 de diciembre de 1989³⁵¹.

II.2. Inscripción de la condición resolutoria en el Registro de la Propiedad

La condición resolutoria expresa accede al Registro de la Propiedad en los términos que determina el art. 11 LH, circunstancia enormemente beneficiosa para el

³⁴⁶ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 96.

³⁴⁷ Supuestos de contrato de permuta de solar por obra futura en los que se ha pactado una condición resolutoria expresa se contienen en las SSTS (Sala 1ª) de 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3202); 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7550); 19 de octubre y 19 de junio de 1996 (RJ 1996, 7508 y RJ 1996, 5102, respectivamente); 23 de enero de 1991 (RJ 1991, 311) y 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2197).

³⁴⁸ RJ 2011, 2354.

³⁴⁹ RJ 2006, 8147.

³⁵⁰ RJ 2002, 9097.

³⁵¹ RJ 1989, 8825.

cedente del solar al gozar con el acceso tabular de eficacia frente a terceros³⁵². Con la inscripción de la condición resolutoria se impide la aparición de terceros hipotecarios³⁵³.

El recurso a la condición resolutoria expresa como garantía para los propietarios de solares y su posibilidad de inscripción consta en el tenor literal del párrafo 5º del art. 13 RH: *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.*

Sin embargo, en el contrato de permuta de solar por futura edificación sucede que aunque el cedente del solar haya logrado pactar una condición resolutoria expresa para el supuesto de que el cesionario no cumpla con las obligaciones pactadas, en no pocas ocasiones resulta necesario recurrir a la posposición de rango hipotecario de la misma con la finalidad de que el cesionario-constructor constituya una hipoteca sobre el solar y así obtener financiación bancaria para ejecutar el edificio proyectado³⁵⁴. En estos casos se aplica analógicamente el art. 241 RH³⁵⁵.

³⁵² PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 302, pone de relieve que en la práctica pueden surgir dudas sobre si el contrato suscrito contempla o no una condición resolutoria expresa. Para ello habrá que efectuar la correspondiente labor interpretativa respecto a si las partes han querido recordar la posibilidad de resolución ex art. 1124 CC o si pretenden la resolución automática en el momento de verificarse el incumplimiento.

³⁵³ Al respecto GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Inscripción de condición resolutoria...”, ob. cit., pág. 2469 y 2481, poniendo de relieve que la condición resolutoria explícita se inscribirá siempre que se haya acordado. En caso contrario, únicamente existirá la facultad de resolución tácita de todo contrato sinalagmático ex art. 1124, con efectos meramente obligacionales.

³⁵⁴ Destaca la STS (Sala 1ª) de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6546), resolución que versa sobre una escritura de permuta de solar a cambio de futura edificación en la que se pactó una condición resolutoria expresa, inscrita en el Registro de la Propiedad, para el caso de que llegado el 31 de marzo de 2003, el cesionario no hiciera entrega de los inmuebles convenidos y en las condiciones pactadas. En el Registro de la Propiedad consta la existencia de una hipoteca constituida por el cesionario a favor de Banca March, S.A., con objeto de financiar el edificio con rango posterior a la condición resolutoria. En el contrato de permuta se incluyó una cláusula en la que se hacía constar que la condición resolutoria: *será pospuesta en garantía de cualesquiera préstamo o crédito hipotecario, tan pronto sean los titulares de la misma requeridos para ello*. Verificado el incumplimiento, los cedentes demandan tanto a las entidades promotoras como a Banca March, S.A. para que se declare el incumplimiento pactado en la condición resolutoria, reviertan los solares de nuevo a los cedentes y lo en ello edificado en proporción a sus cuotas del solar, con cancelación de la inscripción de obra nueva y división horizontal del edificio y de las fincas independientes que lo conforman, además de la hipoteca a favor de Banca March, S.A. Esta entidad financiera se opuso a la demanda invocando que la posposición de la condición resolutoria operaba automáticamente al existir la hipoteca. Sin embargo, el TS estimó que para que operara la cláusula contractual de posposición de rango hipotecario era necesario un nuevo consentimiento expreso de los cedentes que no había tenido lugar. Otro supuesto en el que el TS estima que no se dan los requisitos para la posposición de la condición resolutoria es el resuelto por la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8280).

³⁵⁵ El indicado precepto reza: *Para que la posposición de una hipoteca a otra futura pueda tener efectos registrales será preciso:*

- 1.º *Que el acreedor que haya de posponer consienta expresamente la posposición.*
- 2.º *Que se determine la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, así como su duración máxima.*
- 3.º *Que la hipoteca que haya de anteponerse se inscriba dentro del plazo necesariamente convenido al efecto.*

II.3. Efectos de la condición resolutoria una vez verificado el incumplimiento del cesionario

En sede de contrato de compraventa, cuando un comprador incumple su obligación de pago, y una vez que consta el requerimiento notarial o judicial del vendedor en los términos prevenidos legalmente, unido a la consignación del precio previamente recibido de conformidad con lo dispuesto en el art. 175.6º RH, se reinscribirá automáticamente el inmueble a favor del vendedor o de su causahabiente, sin necesidad de consentimiento del comprador o de tercer adquirente³⁵⁶.

Extrapolado lo anterior al contrato de aportación de solar, una vez verificado el incumplimiento por parte del cesionario, el cedente podrá reinscribir a su nombre el solar transmitido al promotor-constructor ante la existencia de la condición resolutoria establecida. De hecho, es frecuente que, además, las partes pacten las respectivas consecuencias indemnizatorias ante esta eventualidad, tomando en consideración diferentes situaciones en función del avance de las obras³⁵⁷.

En Cataluña, el art. 8 de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, regula los efectos de una posible resolución del contrato: el cedente recupera la propiedad del solar, haciendo suya por accesión la obra ejecutada hasta ese momento con obligación de resarcir al cesionario y, en su caso, a terceros. Ahora bien, lo expuesto anteriormente no tiene lugar si el coste de finalizar las obras o, si procede, de adaptar las realmente ejecutadas a lo convenido en el contrato, es superior a la mitad del coste de la construcción pactada, facultándose al cedente para exigir al cesionario el derribo de las obras parcialmente ejecutadas.

La posposición se hará constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca pospuesta sin necesidad de nueva escritura, cuando se inscriba la hipoteca futura.

Transcurrido el plazo señalado en el número 3.º sin que haya sido inscrita la nueva hipoteca caducará el derecho de posposición, haciéndose constar esta circunstancia por nota marginal.

³⁵⁶ Sobre los requisitos para obtener la reinscripción al ejecutarse la condición y dar por resuelto el contrato véase el Fundamento jurídico cuarto de la RDGRN de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4476).

³⁵⁷ Véase la RDGRN de 14 de abril de 2014 (RJ 2014, 2385) sobre un supuesto de resolución contractual de un contrato de permuta de solar por superficie edificada a construir al haber incumplido la promotora-cesionaria la condición resolutoria expresa de terminar la edificación en el plazo establecido y los requisitos a observar por el cedente para obtener de nuevo la reinscripción a su favor de la finca transmitida.

III. CONDICIÓN SUSPENSIVA

III.1. Concepto

Puede definirse como aquella condición de cuyo cumplimiento dependen los efectos jurídicos de una determinada obligación. Hasta que la condición pactada no se cumpla, es decir, se encuentre pendiente, el acreedor no goza del derecho a exigir la prestación convenida, sin que ello suponga que hasta el momento en que la condición se verifique el deudor y el acreedor no estén vinculados jurídicamente. Cumplida la condición, los efectos del contrato se retrotraen al momento de celebración del mismo.

III.2. Aplicación de la condición suspensiva como garantía a favor del cedente del solar

El recurso a esta forma de garantía por parte del cedente se aplica fundamentalmente al hecho de que el cesionario-constructor alcance determinados hitos o requisitos necesarios para comenzar las obras³⁵⁸: obtención de la licencia de obra, aprobación de financiación bancaria para acometer la edificación, acomodación del proyecto a las exigencias urbanísticas que correspondan, etc.

La práctica muestra ejemplos de lo antedicho como puede advertirse en la STS (Sala 1ª) de 19 de diciembre de 2013³⁵⁹ en la que se pactó como condición suspensiva de los efectos del contrato que el cesionario llevara a cabo las actuaciones tendentes a impulsar el Plan Parcial urbanístico del sector en el que quedaría enclavado el edificio para su aprobación antes de una determinada fecha.

³⁵⁸ ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., págs. 670 y 671 y “Los incumplimientos contractuales...”, ob. cit., pág. 26; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., pág. 2248; SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit. págs. 347 a 352 y en “El apogeo de la permuta...”, ob. cit., págs. 1687 a 1691, abogando por la condición suspensiva frente a la condición resolutoria, especialmente por razones fiscales. En general sobre la condición suspensiva GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “Venta en la que no se transmite el dominio hasta el cumplimiento de la condición suspensiva del pago del precio”, en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, nº 50 bis.

³⁵⁹ JUR 2013\8352. En esta sentencia se discute la verdadera naturaleza de la condición ante la dificultad de entender si es suspensiva o resolutoria, concluyendo el Alto Tribunal que es resolutoria. También un ejemplo análogo se encuentra en la STS (Sala 1ª) de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7530).

Las SSTS (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1997³⁶⁰ y 29 de abril de 1991³⁶¹ muestran supuestos en los que se eleva a condición suspensiva la obtención por el constructor de la licencia de obras.

Y, por último, las SSTS (Sala 1ª) de 17 de septiembre de 2003³⁶² y de 16 de diciembre de 1996³⁶³, resuelven sendos litigios sobre contratos en los que los contratantes establecieron como condición suspensiva del negocio jurídico la finalización de las obras en un plazo determinado.

IV. HIPOTECA

IV.1. Concepto

Positivamente, la hipoteca aparece regulada en los arts. 1874 y ss. CC y en los arts. 104 y ss. LH. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN³⁶⁴, la hipoteca «es un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento o la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor de aquéllos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legal establecido y cualquiera que sea en ese momento su poseedor o propietario».

³⁶⁰ RJ 1997, 4244.

³⁶¹ RJ 1991, 3105.

³⁶² RJ 2003, 6420.

³⁶³ RJ 1996, 8980.

³⁶⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 510. Véase también CARRASCO PERERA, Ángel y otros: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 665 y ss. y SÁNCHEZ GARCÍA, Roberto: “Financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de viviendas y locales a la luz de la actual legislación urbanística”, en *RCDI*, nº 621, marzo-abril 1994, págs. 531 y ss.

Sin ánimo de ser exhaustivo, como nota destacada de la hipoteca cabe reseñar que para su válida constitución requiere de inscripción en el Registro de la Propiedad, extremo que el legislador contempló con la finalidad de evitar la existencia de hipotecas ocultas ya que no existe desplazamiento posesorio del objeto hipotecado sino que permanece en manos de deudor hipotecario.

Igualmente, es relevante a los efectos del presente estudio reseñar el carácter accesorio de la hipoteca con respecto al derecho de crédito que garantiza, cuya extinción provocará igualmente la extinción de la hipoteca que lo grava.

IV.2. Utilización de la hipoteca como garantía a favor del cedente del solar

Nota recurrente a lo largo del presente trabajo es el hecho de que, con frecuencia, el cesionario-constructor se encuentra con la imperiosa necesidad de hipotecar el solar objeto de la permuta con la finalidad de obtener financiación bancaria suficiente para encarar con cierta holgura los costes del proceso edificatorio. En efecto, la articulación de los negocios jurídicos como permuta de solares por futura edificación, obedecen a la satisfacción recíproca de las necesidades de ambos contratantes, beneficiándose el cesionario de la inmediata adquisición en pleno dominio de una finca edificable que puede ofrecer de garantía para obtener un crédito dinerario. En el mismo sentido, la constitución de una hipoteca por parte del constructor juega un papel decisivo en el ámbito que afecta al cedente por la afectación de la posposición de rango hipotecario³⁶⁵ exigido por la entidad bancaria al constructor, anteponiéndose la misma a una condición resolutoria expresa inscrita a favor del anterior propietario del suelo³⁶⁶.

³⁶⁵ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., págs. 2255 y 2258, define la posposición como «pacto o acuerdo de voluntades, en virtud del cual el titular de una inscripción cede a otra su preferencia registral». Por otro lado, este jurista se cuestiona la viabilidad de hipotecar la edificación futura por su inexistencia material pero asume que, en virtud de pacto expreso al respecto, conforme establece el art. 110 LH, la hipoteca puede extenderse sobre la edificación a construir a medida que se va ejecutando.

³⁶⁶ En el caso de la STS (Sala 1ª) de 2 de julio de 2015 (RJ 2015, 2998), el cesionario se obligó, además de a entregar a cada uno de los cedentes del solar un piso de 115 m² aproximadamente, a no hipotecar el solar, excepto que fuera necesario para financiar las obras de construcción.

Menos habitual, pero no por ello factible, es la posibilidad de que el cedente exija al cesionario que constituya una hipoteca a su favor en garantía de la entrega de los futuros departamentos. Ahora bien, la diferencia fundamental entre la hipoteca y la condición resolutoria expresa inscrita a favor del cedente estriba en el hecho de que, en caso de incumplimiento por el cesionario, el solar no retornaría a su primitivo dueño, quien únicamente podría presentarse como postor en la subasta. Es más, el cesionario, como dueño del pleno dominio, podría volver a rehipotecar el suelo, si recupera cierta capacidad de endeudamiento y cumple con los requisitos exigidos por su financiador³⁶⁷.

V. RESERVA DE DOMINIO

V.1. Concepto

La reserva de dominio consiste en un pacto alcanzado por las partes contratantes al amparo de la autonomía de la voluntad mediante el cual, en los contratos en los que exista precio aplazado, el dominio de la cosa no se transmitirá al *accipiens* hasta que éste haya satisfecho íntegramente al *tradens*, el precio convenido. Una vez verificado el pago la transmisión de la propiedad opera *ipso iure*³⁶⁸ sin necesidad de realizar ningún acto ulterior en ese sentido.

Como sostienen BORRELL Y SOLER³⁶⁹ y AMORÓS GUARDIOLA³⁷⁰ lo que se condiciona es uno de los efectos del contrato traslativo, la transmisión del dominio pero

³⁶⁷ Así lo pone de relieve RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 240 y 241.

³⁶⁸ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 436 y 437, ratifica la prevalencia de la autonomía de la voluntad de las partes para convenir temporalmente el efecto traslativo del contrato, incluidos los contratos de permuta de solar por obra futura, operando la transmisión *ipso iure* en el momento de producirse el completo pago.

³⁶⁹ BORRELL Y SOLER, Antonio M.: *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Bosch, Barcelona, 1952, pág. 69.

³⁷⁰ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: “El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles”, en *RCDI*, n^o 488, enero-febrero 1972, pág. 19; MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La posición del comprador en la venta con reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993 y OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: “La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes”, en *La Ley de venta a plazos de bienes muebles*, dirigida por Ubaldo Nieto Carol, Consejo General de Corredores de Comercio y Consejo General del Poder Judicial, Lex Nova, Valladolid, 2000.

no el contrato en sí mismo, el cual nace perfecto. Mientras no quede totalmente saldado el precio, el vendedor y el comprador únicamente pueden transmitir su derecho en el contrato pero ninguno puede enajenar la cosa. Esta circunstancia se justifica porque el comprador carece todavía del pleno dominio y el vendedor ha de esperar porque la transmisión definitiva de la propiedad al comprador no exige declaración de voluntad por su parte, operando *ipso iure* al completarse el pago del precio.

Resulta muy interesante la reflexión que hace CANO MARTÍNEZ DE VELASCO³⁷¹ al señalar que el pacto de reserva de dominio ha servido para relanzar el mercado libre propio del modelo occidental ya que ha posibilitado a clases más desfavorecidas equilibrar patrimonios con aquellos que poseen mayor capacidad económica, «homologándose» la sociedad gracias a este recurso y ayudando a salvaguardar el principio de prestaciones recíprocas.

En el marco del Derecho Foral encontramos el art. 483 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra³⁷², precepto que se decanta igualmente por la consideración de la perfecta celebración del contrato de compraventa, quedando exclusivamente a la espera de confirmación el efecto transmisivo de la cosa objeto del acuerdo, hasta que se produzca el pago en su totalidad, conservando el vendedor en ese intervalo de tiempo, la posibilidad de ejercitar las tercerías de dominio o cuantas acciones puedan asistirle para defender sus derechos sobre la cosa.

V.2. Naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio

³⁷¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *La reserva de dominio o la acción publiciana*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 9.

³⁷² El art. 483 de la Compilación de Derecho civil de Navarra establece: *Por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total. Mientras tanto, corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a aquélla; el vendedor, por su parte, queda obligado a no disponer de la cosa.*

Inscrita la venta en el Registro de la Propiedad u otro Registro, todo acto de disposición de la cosa por parte del vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador.

En caso de embargo de bienes, concurso o quiebra del vendedor, quedará a salvo el derecho del comprador para adquirir la propiedad mediante pago íntegro del precio en los plazos convenidos.

La doctrina científica ha establecido tres criterios respecto a la naturaleza jurídica de la reserva de dominio, desde el punto de vista de su inclusión en el contrato de compraventa:

1º) Teoría de la condición suspensiva: los defensores de esta concepción consideran que la compraventa se encuentra celebrada perfectamente, suspendiéndose los efectos de la misma hasta el completo pago del precio y, por tanto, sin que la inclusión en el negocio jurídico del pacto de reserva de dominio afecte a su integridad. En definitiva, lo que queda en suspenso es la transmisión del pleno dominio hasta que el precio se haya abonado íntegramente. Entre sus seguidores destaca MÁS ALCARAZ³⁷³.

La RDGRN de 8 de septiembre de 2005³⁷⁴, deja zanjada cualquier duda sobre la validez y admisibilidad de la reserva de dominio al considerar que la compraventa formalizada con reserva de dominio es admitida en Derecho español conforme a la jurisprudencia existente al respecto. En el ámbito hipotecario, el art. 7 RH³⁷⁵ contempla la inscripción de títulos que en lo futuro modifiquen algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles, pudiendo aplicarse por analogía el art. 11 LH y el art. 14 RH³⁷⁶, relativo a la opción de compra.

2ª) Teoría de la condición resolutoria: los partidarios de esta vertiente consideran que existe una condición resolutoria expresa, de tal forma que, en el momento de celebrarse el contrato de compraventa, el comprador adquiere el pleno dominio del bien

³⁷³ MÁS ALCARAZ, Celestino: “La cláusula de reserva de dominio”, en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 108.

³⁷⁴ RJ 2005, 6938. El Fundamento Jurídico Segundo es diáfano: *Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo, cuando el párrafo segundo del artículo 1462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impeditivo del hecho traditorio, pues la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, mas tal hecho deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar al comprador una cosa ya ajena al vendedor, y no como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo segundo del artículo 1462) de tal efecto traditorio inherente a la escritura.*

³⁷⁵ El art. 7 RH dispone que: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.*

³⁷⁶ El art. 14 RH dispone que: *Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en el mismo.*

pero sujeto a un gravamen cuya aplicación se desencadenaría si el deudor incumple con el pago del precio aplazado, resolviéndose el contrato y recuperando el vendedor la propiedad del mismo.

Entre sus más fervientes defensores se encuentra CASAS VALLÈS³⁷⁷ para quien, en la práctica, encaja mejor la consideración de la reserva de dominio como condición resolutoria que como suspensiva ya que para la parte más interesada —el vendedor—, sería contraproducente y un contrasentido sostener la tesis de la condición suspensiva y, al mismo tiempo, afirmar su *status* de propietario. Llega a considerar a la condición suspensiva como un «estorbo» para el vendedor y acusa a sus adeptos de haberse dejado llevar por la inercia de su acogimiento como tal en la Compilación Navarra, aplicándola por analogía. En cambio, la consideración de la condición como resolutoria, otorga al vendedor una «eficacísima garantía *erga omnes*» mientras que al comprador se le reconoce como propietario aunque dicha consideración sea un tanto anómala y amenazada de resolución.

3ª) Teoría prendaria o hipotecaria: Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO³⁷⁸ la naturaleza de la reserva de dominio es la de una prenda sin desplazamiento, basándose para ello en el art. 19 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965. A esta construcción se suman Díez-PICAZO Y GULLÓN³⁷⁹, distinguiendo al vendedor como acreedor y al comprador como adquirente del dominio, pese a que el bien quede afecto a la garantía real hasta que se reintegre el precio en su integridad, atribuyendo coherencia y lógica a su tesis por entender que carece de sentido que el acreedor ejecute su crédito contra una cosa de su propiedad como sucede con la teoría clásica.

³⁷⁷ CASAS VALLÈS, Ramón: “La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre su naturaleza jurídica a la vista de algunas Sentencias del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, Año LXXXV, nº 3, 1986, págs. 619 y 646 y ss.

³⁷⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Moneda y Crédito, Madrid, 1971, págs. 14, 45 y 46.

³⁷⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., págs. 286 y 287.

V.3. Efectos de la inclusión de la reserva de dominio en el contrato de permuta de solar por obra futura

La principal ventaja que la reserva de dominio supone para el propietario del solar es el mantenimiento del pleno dominio del mismo mientras se lleva a cabo la edificación pactada. El cesionario-constructor gozará exclusivamente de la posesión que le faculta para ejecutar la obra, dejando incólume al *dominus soli* de hipotéticas reclamaciones y agresiones provenientes de sus acreedores³⁸⁰. En idéntico sentido, la reserva de dominio preserva al dueño del solar para ejercitar frente a terceros la correspondiente acción reivindicatoria, sin que las transmisiones *a non domino* que pueda llevar a cabo el cesionario alcancen la protección del art. 34 LH.

En estos supuestos, precisamente es el constructor el que puede verse afectado por una enajenación del solar del propietario del suelo. De hecho, un sector doctrinal ha entendido que la reserva de dominio protege excesivamente al dueño del solar³⁸¹. Cuando el promotor-constructor accede a la inclusión en el contrato de aportación de una cláusula de reserva de dominio tiene que ser consciente de que su solvencia financiera está saneada hasta el punto de verificar que puede acometer las obras sin acudir a financiación bancaria mediante el recurso al préstamo con garantía hipotecaria sobre el solar. La excepción en este caso proviene del hecho de que el propietario del suelo preste expresamente su consentimiento para que pueda hipotecarse su solar en garantía de deuda ajena³⁸², circunstancia que conllevaría posicionar al cedente en una posición de absoluto desequilibrio y riesgo ante posibles incumplimientos del cesionario.

Consecuencia de lo anterior es la reflexión de MERINO HERNÁNDEZ³⁸³ en el sentido de considerar más práctico el recurso a una cláusula resolutoria en oposición a

³⁸⁰ ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 671 y en “Los incumplimientos contractuales...”, ob. cit., págs. 26 y 27.

³⁸¹ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., pág. 2249 y RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 238 y 239, quien añade como obstáculo para el cesionario-constructor el hecho de que el dueño del suelo acuda a la facultad de desistimiento contenida en el art. 1594 CC por asimilarse esta concepción al arrendamiento de obra.

³⁸² SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 438.

³⁸³ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: ob. cit., pág. 353.

la gravosa situación que se puede manifestar con el recurso a la reserva de dominio. En esta línea, el propio TS³⁸⁴ ha puesto de relieve la fragilidad de la posición del cedente del solar, cuya situación es difícil de equilibrar frente a la otra parte contratante, aun acudiendo a pactos como el de reserva de dominio.

VI. PROHIBICIÓN DE DISPONER

VI.1. Concepto

La prohibición de disponer se define como toda restricción a la libre enajenación, gravamen o celebración de negocios obligacionales que restringe la libertad de pactos de la que gozan los contratantes respecto a la propiedad o derecho que ostenten sobre una cosa determinada³⁸⁵.

VI.2. Aplicación de la prohibición de disponer en el contrato de permuta de solar por obra futura

Como se analizó previamente en el presente capítulo, uno de los mayores riesgos que asume y que afectan directamente a la contraprestación a percibir por el cedente es la venta por el cesionario a terceros de las piezas de edificación que debían entregarse al cedente. La figura del tercero hipotecario del art. 34 LH privará al inicial dueño del suelo de adquirir el dominio sobre los departamentos convenidos.

³⁸⁴ Véase las SSTS (Sala 1ª) de 27 de abril y 6 de julio de 2009 (RJ 2009, 4732 y RJ 2009, 4453, respectivamente).

³⁸⁵ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO³⁸⁵, José Ignacio: *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro*, Bosch, Barcelona, 2006, págs. 86 y 87, considera que la prohibición de disponer se define como «carga real inmobiliaria negativa en cuanto inscritas o anotadas (según sean negociales o judiciales), que impiden o limitan con una justa causa disponer de un derecho real inmobiliario inscrito a nombre del sujeto pasivo, con la consecuencia de anular los actos dispositivos de ese derecho prohibidos posteriores a su registración en interés del transmitente del derecho gravado, del adquirente o de un tercero».

La prohibición de disponer opera *inter partes* exclusivamente como una obligación a la que se puede anudar una cláusula indemnizatoria determinada pero que, en modo alguno, tiene acceso al Registro de la Propiedad para hacerse valer frente a terceros³⁸⁶. Así se deduce de los arts. 26 y 27 LH³⁸⁷, excepción hecha de que el cumplimiento de esta estipulación se asegure mediante hipoteca o cualquier otra garantía real.

El párrafo 3º del art. 13 RH³⁸⁸, según la redacción establecida por el RD 1867/1998, posteriormente anulado por la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001, contenía una prohibición de enajenar y gravar por parte del cesionario los inmuebles que corresponderían al cedente. La nulidad derivada de la resolución del Alto Tribunal mantiene inoponible frente a terceros la prohibición de disponer establecida contractualmente por carecer de acceso tabular.

VII. AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO

VII.1. Concepto

³⁸⁶ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 239.

³⁸⁷ El art. 26 LH dispone que: *Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:*

1.ª Las establecidas por la Ley, que sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales de dominio.

2.ª Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva.

3.ª Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez.

Y, por su parte, el art. 27 LH: Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento.

³⁸⁸ El texto de la norma citada era el siguiente: *Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación.*

Para LASARTE ÁLVAREZ³⁸⁹, el aval a primer requerimiento consiste «en un pacto o acuerdo en cuya virtud la *entidad garante* (por lo común una institución financiera, bancaria o, más raramente, una compañía de seguros) garantiza el cumplimiento de la deuda u obligación del *deudor* frente a su *acreedor* quien, así, acaba por convertirse realmente en un *beneficiario* del aval y puede exigir el pago correspondiente a la entidad garante requiriéndola directamente de pago en caso de producirse la falta de cumplimiento de la obligación».

Se trata de una figura atípica³⁹⁰ y en la práctica su denominación más común es la de garantía o aval «a primer requerimiento» o «a primera demanda», siendo su nota más característica frente a la fianza, garantía personal por excelencia, su absoluta independencia del contrato principal. Una vez constatado el incumplimiento, el beneficiario de esta garantía efectuará el requerimiento a la entidad garante quien deberá satisfacer el importe del mismo sin poder oponer aquellas excepciones que tenga frente al deudor garantizado.

VII.2. Finalidad del aval a primer requerimiento en el contrato de permuta de solar por obra futura

El aval a primer requerimiento puede ser exigido por el cedente y aceptado por el constructor-cesionario dentro del marco contractual previsto libremente por las partes, garantizando el cumplimiento por parte del cesionario de aquellas obligaciones a las que vaya conectado.

³⁸⁹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: “La implacable eficacia del aval a primer requerimiento”, artículo publicado el día 19 de diciembre de 2014 en: <http://www.diariojuridico.com/la-implacable-eficacia-del-aval-primer-requerimiento/>, fecha de última consulta: 14 de junio de 2015. También SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 647; CARRASCO PERERA, Ángel y otros: *Tratado...*, ob. cit., págs. 457 y ss. y BUSTO LAGO, José Manuel: *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: Configuración jurídica de las garantías «a primer requerimiento» y autónomas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

³⁹⁰ No obstante, la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, que entrará en vigor el día 1 de enero de 2016, modifica a través de su Disposición Adicional Tercera determinados preceptos de la LOE. Entre éstos el art. 19, donde se añade como garantía frente a los daños materiales que se produzcan por vicios o defectos constructivos la aportación de una «garantía financiera» junto al seguro de daños materiales y seguro de caución. Además, la nueva redacción conferida por la Ley 20/2015 a la Disposición Adicional Primera de la LOE, establece en su apartado 2.Dos.2. los requisitos que debe reunir el aval para servir de garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Esta garantía servirá para indemnizar pecuniariamente al cedente del solar frente a determinados incumplimientos del cesionario, generalmente cuando se ha verificado que el proyecto de edificación no se podrá finalizar, habiéndose establecido un valor estimativo de las piezas de edificación que el cedente debería haber recibido³⁹¹. De hecho, puede utilizarse en consuno con otras garantías³⁹² como puede ser la condición resolutoria con la finalidad de recuperar la propiedad del solar y verse resarcido económicamente de la no conclusión de las obras.

Ejemplos de utilización en la práctica del aval a primer requerimiento se observan en la STS (Sala 1ª) de 14 de marzo de 2008³⁹³ en la que la parte cesionaria se obligó a suscribir un aval bancario por importe de cinco millones de pesetas en favor del propietario del solar como garantía de comienzo de las obras en el plazo establecido de nueve meses, a contar de la fecha del contrato. Asimismo, en la STS (Sala 1ª) de 20 de marzo de 2002³⁹⁴, las partes convinieron que el cesionario entregaría una fianza bancaria para garantizar la «correcta y puntual ejecución de las distintas fases o hitos de las obras».

VIII. SEGURO DE CAUCIÓN

VIII.1. Concepto

El seguro de caución consiste en un contrato de seguro por el cual el asegurador indemnizará al acreedor de una determinada prestación, dentro de los límites pactados,

³⁹¹ ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 671 y en su trabajo “Los incumplimientos contractuales...”, ob. cit., pág. 27.

³⁹² La STS (Sala 1ª) de 29 de abril de 2002 (RJ 2002, 5109) contempla un supuesto de seguro de caución con cláusula anexa de aval a primer requerimiento, con un capital asegurado de 150 millones de pesetas al objeto de garantizar las responsabilidades derivadas de la obligación de entrega de los locales vendidos por parte de una promotora inmobiliaria.

³⁹³ RJ 2008, 1707.

³⁹⁴ RJ 2002, 2851. En el mismo sentido la STS (Sala 1ª) de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8364).

ante el incumplimiento por parte de su deudor³⁹⁵. A diferencia de la fianza, el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que el incumplimiento le hubiera producido³⁹⁶.

El seguro de caución aparece regulado positivamente en el art. 68 LCS³⁹⁷ con la siguiente redacción: *Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.*

La jurisprudencia del TS³⁹⁸ la considera una figura polémica, con regulación legal imprecisa y con terminología que es objeto de crítica por la doctrina, siendo dificultosa su configuración práctica.

VIII.2. Finalidad del seguro de caución en el contrato de permuta de solar por obra futura

El seguro de caución se utiliza como garantía a favor del cedente de solar para resarcirse pecuniariamente de posibles incumplimientos del constructor-cesionario, principalmente los relativos a la imposibilidad de concluir la edificación o el retraso en la entrega de los departamentos convenidos.

³⁹⁵ CARRASCO PERERA, Ángel y otros: *Tratado...*, ob. cit., págs. 589 y 595, afirman que por este seguro se obliga el asegurador a indemnizar al asegurado «a título de resarcimiento o penalidad» los daños patrimoniales sufridos por éste, en caso de incumplimiento por el tomador de sus obligaciones legales o contractuales. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador. Según su criterio, la STS (Sala 1ª) 19 mayo 1990 (RJ 3741) fue la primera que procuró construir una doctrina jurídica del seguro de caución, en esta ocasión a costa de la fianza.

³⁹⁶ Así la STS (Sala 1ª) de 26 de enero de 1995 (RJ 1995, 172).

³⁹⁷ La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, que entrará en vigor el día 1 de enero de 2016, ha establecido en su Disposición Adicional Tercera que el seguro de caución sea admisible como forma de garantía ante las Administraciones Públicas. Además, la Disposición Final Tercera del referido texto legal, modifica la LOE, incluyendo una nueva redacción a la Disposición Adicional Primera de la misma, cuyo apartado 2.Dos.1., regula los requisitos que debe reunir el seguro de caución para servir de garantía a los adquirentes de viviendas en construcción.

³⁹⁸ SSTS (Sala 1ª) de 12 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2572) y de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10438).

Un aspecto que la doctrina³⁹⁹ ha subrayado como problemático es el hecho de dejar perfectamente recogido en el contrato el concreto supuesto de incumplimiento del cesionario, —«el siniestro», en lenguaje asegurador— que legitimará al cedente para resarcirse mediante el seguro de caución, a fin de evitar la oposición por parte de la entidad aseguradora. La STS (Sala 1ª) de 17 de octubre de 2007⁴⁰⁰ muestra un ejemplo práctico de la eventualidad citada. En este caso, ocho personas, cedentes de un solar para edificar, interpusieron demanda frente a una entidad aseguradora reclamando un total de 120 millones de pesetas, correspondiente a la suma asegurada mediante doce certificados individuales y complementarios de un contrato colectivo de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas. Cada uno de los certificados tenía un valor de diez mil pesetas, como importe del anticipo correspondiente a una vivienda y una plaza de garaje. Los actores alegaron en su demanda que habían otorgado escritura pública de permuta de solar a cambio de viviendas y garajes futuros, el 31 de mayo de 1991, con la obligación de la constructora de entregar las piezas convenidas en el plazo de treinta meses a partir de la obtención de la licencia municipal de obras. La constructora, en la fecha antedicha había contratado con la compañía demandada una póliza de seguro de afianzamiento para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a los demandantes. Con fecha 31 de octubre de 1991, los cedentes habían requerido de conciliación a la compañía de seguros porque las obras se encontraban totalmente paralizadas, sin que se lograra acuerdo alguno. Posteriormente, las viviendas que habrían de corresponder a los demandantes salieron a subasta y sus tercerías de dominio y mejor derecho no prosperaron, sin posibilidad material de adquirir la propiedad de las viviendas y plazas de garaje porque la empresa constructora desapareció del tráfico mercantil.

La entidad aseguradora opuso su desconocimiento de la escritura de permuta mencionada en la demanda así como que el contrato colectivo de seguro de afianzamiento y los correspondientes certificados individuales, respondían a las

³⁹⁹ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 242. También véase sobre esta garantía SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., págs. 2250 a 2254.

⁴⁰⁰ RJ 2007, 7105. Más supuestos de inclusión en el contrato de un seguro de caución como garantía a favor del cedente del solar constan en la SSTS (Sala 1ª) de 26 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1020) y de 21 de abril de 1989 (RJ 1989, 3248).

exigencias de la Ley 57/1968, de 27 de julio⁴⁰¹, garantizando las cantidades anticipadas a cuenta y no la prestación del constructor en los casos de permuta de solar por obra futura. Lo postulado por la compañía de seguros resultaba del contenido de los doce contratos de 31 de mayo de 1991 que sirvieron de base a los correlativos certificados individuales, pues en los mismos no se hacía referencia alguna a la escritura de permuta.

Interesa en este punto transcribir el Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia que se comenta por la solución que se da al supuesto, rechazándose la aplicación analógica de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y el contrato de permuta, desconocido por la aseguradora:

El tercer motivo del recurso, fundado en infracción del art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ha de ser desestimado por reducirse su alegato a equiparar la permuta con la compraventa porque "el importe garantizado ha sido totalmente empleado en la construcción de los edificios de los que se cederían a mis representados las viviendas concretadas en los certificados individuales, puesto que dicho importe era el precio que debió desembolsar la constructora (...) para la adquisición del terreno sobre el que se levanta la construcción". Parece, pues, que se pretende, aunque sin la más mínima claridad, una aplicación analógica de la Ley 57/68, a cuyo texto se remitía la póliza, a los contratos de adquisición de viviendas futuras que no comporten anticipo de cantidades por los adquirentes; pero con ello se olvida, de un lado, que a la aseguradora se le ocultó el verdadero contrato celebrado entre tomadora y asegurados; de otro, que pese a la flexibilidad jurisprudencial sobre la cuenta en que han de ingresarse las cantidades anticipadas (SSTS 8-3-01 y 19-7-04 en recursos núm. 113/96 [RJ 2001, 2731] y 2455/98 [RJ 2004, 4386] respectivamente), no es igual el riesgo cuando el asegurado anticipa al constructor cantidades a cuenta, normalmente de modo gradual y sin completar el precio total, que cuando el asegurado ya ha cumplido desde un principio su prestación íntegra y el constructor ni siquiera ha iniciado la obra; y finalmente, que los propios certificados individuales se referían expresamente a "cantidades anticipadas para la compra de viviendas".

IX. LA CLÁUSULA PENAL

IX.1. Concepto

⁴⁰¹ La Ley 57/1968, de 27 de julio, dejará de estar en vigor el día 1 de enero de 2016, de conformidad con la Disposición derogatoria tercera de la LOE, introducida por la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Pacto accesorio de carácter sancionador que se conecta al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación principal del contrato. También denominada «pena convencional»⁴⁰². Habitualmente consiste en satisfacer una suma de dinero pero puede convenirse que el deudor lleve a cabo cualquier otra prestación⁴⁰³.

En los supuestos de cumplimiento irregular o defectuoso la cláusula penal puede ser moderada judicialmente *ex art. 1154 CC*⁴⁰⁴.

IX.2. Aplicación de la cláusula penal en el contrato de permuta de solar por obra futura

Las penas convencionales se introducen en los contratos de permuta de solar por obra futura como refuerzo al cumplimiento⁴⁰⁵ por parte del cesionario-constructor de sus obligaciones principales de construir y hacer entrega al cedente de los departamentos convenidos.

Fundamentalmente, las cláusulas penales que se incluyen en los contratos de aportación contemplan cierta cantidad económica a satisfacer al cedente por cada día de retraso por parte del cesionario en la entrega de la futura edificación⁴⁰⁶. Esta casuística se observa en la STS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 2010⁴⁰⁷, supuesto en el que las partes establecieron en la escritura de permuta que la entrega material del local se verificaría en el plazo de dos años, a contar desde la fecha de concesión de la licencia municipal de

⁴⁰² Sobre la cláusula penal en general véase ESPÍN CÁNOVAS, Diego: “La cláusula penal en las obligaciones contractuales”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1946, págs. 145 y ss. y RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: “Sobre la cláusula penal en el Código Civil”, en *ADC*, 1993, fascículo II, págs. 511 y ss.

⁴⁰³ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 235, recomienda su uso en los casos de cesión de derecho de vuelo a cambio de pisos a construir, consistiendo la pena en que el cesionario pierda el derecho a dar mayor sobreelevación a lo construido dentro de plazo.

⁴⁰⁴ El art. 1154 CC establece que: *El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.*

⁴⁰⁵ Véase SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., págs. 2249 y 2250 y SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 422 a 425, acerca de las funciones que desempeña la pena convencional: coercitiva o de garantía, liquidatoria o pena sustitutiva ó estrictamente penal o pena acumulativa.

⁴⁰⁶ ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 671 y en “Los incumplimientos contractuales...”, ob. cit., pág. 28.

⁴⁰⁷ RJ 2010, 8010.

obras del edificio a construir, pactándose una penalización de un millón de pesetas por cada mes de retraso, siempre que dicho retraso fuese por causa imputable a la entidad promotora.

En la misma línea, la STS (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 1995⁴⁰⁸, en la que las partes establecieron una pena convencional de 50.000 pesetas mensuales por cada una de las 37 fincas que habían de entregarse a los cedentes una vez obtenidas las cédulas de habitabilidad y de ocupación.

⁴⁰⁸ RJ 1995, 9474. Supuestos similares de penalización por retraso en el cumplimiento del contrato de permuta de solar por obra futura se observan en las SSTs (Sala 1ª) de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8364) y 3 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4570).

CAPÍTULO IX

PROTECCIÓN REGISTRAL CON IMPLICACIONES DE *LEGE FERENDA*

SUMARIO

- I. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA TRADICIÓN
- II. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.- II.1. Introducción.- II.2. Definición.- II.3.- Antecedentes.- II.4. Regulación actual.- II.5. Características.- II.6. Derechos objeto de anotación preventiva.- II.7. Teoría expansiva de la anotación preventiva.- II.8. La anotación preventiva como herramienta de protección del cedente del solar
- III. EL CRÉDITO REFACCIONARIO.- III.1. Consideraciones previas.- III.2. Definición.- III.3. El crédito refaccionario y el contrato de aportación de solar por obra futura
- IV. LA NOTA MARGINAL.- IV.1. Introducción.- IV.2. Definición.- IV.3. Características.- IV.4. La nota marginal como herramienta de protección del cedente del solar

I. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA TRADICIÓN

La pretendida protección del cedente del solar durante el tiempo que media desde que transmite íntegramente el solar al constructor-cesionario hasta que éste le hace entrega de los inmuebles convenidos como contraprestación se consigue de manera más eficaz cuando el derecho del primigenio dueño del suelo accede al Registro de la Propiedad.

El Registro de la Propiedad, por su parte, desempeña una función específica de publicidad en el ordenamiento jurídico español, sirviendo de manera primordial al fin de la seguridad jurídica⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: “La transformación del Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, nº 718, enero-febrero 2010, pág. 450, asiente en el carácter esencial del Registro de la Propiedad respecto a la seguridad jurídica que proporciona; ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro”, en *RCDI*, nº 645, marzo-abril 1998, pág. 366, afirma que el Registro de la Propiedad, desde el punto de vista social y económico, previene conflictos jurídicos sobre en relación con la titularidad de los bienes inmuebles y recortando, por ende, los costes derivados

Por consiguiente, a pesar de la rica polémica doctrinal, respecto a si la inscripción puede sustituir a la tradición, es pacífico que los títulos traslativos de dominio y demás derechos reales se presentan ante el registrador de la propiedad con la tradición ya completada. De hecho, resulta incontrovertido que la inscripción registral es meramente declarativa y sólo constitutiva en muy contadas ocasiones.

II. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

II.1. Introducción

En el capítulo XIV, dedicado a examinar la teoría del *ius ad rem* aplicada a los contratos de aportación de solar por obra futura, se dejará constancia del sector doctrinal proclive a reconocer al cedente del solar «algo más» que un mero derecho personal aunque sin atreverse todavía a considerar el derecho que ostenta el dueño del suelo como de naturaleza real. Los partidarios de esta concepción acuden para reforzar su criterio a encajar el derecho del cedente del solar dentro de la categoría asistemática del *ius ad rem* cuya protección frente a los incumplimientos del constructor-cesionario durante la fase de construcción del edificio puede conseguirse mediante el recurso a la anotación preventiva. Mediante esta articulación, la parte de la obra futura que recibirá el cedente y que constituye su contraprestación por la cesión del solar, tendrá la protección registral coyuntural que aporta la anotación preventiva.

de las transacciones inmobiliarias; FUENTES SANCHIZ, Narciso de: “El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas”, en *RCDI*, nº 499, noviembre-diciembre 1973, págs. 1361 y 1362, destaca la importante función que en el presente y en el futuro desempeña el Registro de la Propiedad respecto a la seguridad jurídica así como instrumento urbanístico para centrar la función social de la propiedad «sin miedo y sin aventuras»; CORRAL GIJÓN, José M^a: “La publicidad registral y el urbanismo”, en *RCDI*, nº 606, septiembre-octubre 1991, págs. 1882 y 1883, resalta las relaciones que indefectiblemente existen entre el Registro de la Propiedad y el urbanismo, si bien es consciente de que el planeamiento no puede debilitar la institución registral por la finalidad que atesora de seguridad jurídica en beneficio de la sociedad; en el mismo sentido que el anterior autor puede citarse a CORRAL DUEÑAS, Francisco: “La aportación registral del urbanismo”, en *RCDI*, nº 627, marzo-abril 1995, págs. 561 a 564 y a ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “Registro y urbanismo: la protección de los adquirentes”, en *RCDI*, nº 665, mayo-junio 2001, págs. 963 y ss.; CHICO Y ORTIZ, José M^a: “La insegura seguridad del tráfico inmobiliario”, en *RCDI*, nº 599, junio-julio 1990, págs. 29 y 30, ensalza la función de calificación del registrador de la propiedad a la hora de dotar al sistema de seguridad jurídica. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 896, considera que la LH no tiene por objeto establecer un nuevo sistema de transmisión, ni modificar el anterior, sino exclusivamente determina a partir de qué momento y bajo qué condiciones las adquisiciones o las transmisiones son eficaces frente a terceros, sosteniendo que «se sigue de ello que la inscripción no ha sustituido a la tradición como modo de transmisión de la propiedad inmueble». Sobre las diferentes teorías mantenidas al respecto véase JEREZ DELGADO, Carmen: ob. cit., págs. 30 y ss. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., págs. 896 a 899.

La importancia que atesora la anotación preventiva en el marco del contrato objeto del presente estudio se hace merecedora del examen que se expone a continuación.

II.2. Definición

A priori, como advierten DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS⁴¹⁰, resulta muy difícil dar un concepto de anotación preventiva que abarque todos los supuestos contemplados legalmente.

Así, entre las múltiples definiciones de la anotación preventiva se hace constar la efectuada por ARNÁIZ EGUREN⁴¹¹ para quien la anotación preventiva «es el asiento temporal que da publicidad a las consecuencias presentes o futuras de una situación interina, y por tanto temporal, cuyo contenido no se halla suficiente o definitivamente determinado, y cuyo último y preciso alcance constitutivo, modificativo, o extintivo de un derecho real, dependerá del modo en que se produzca su desarrollo o terminación».

A pesar de la carencia de una definición legal de anotación preventiva, la doctrina científica⁴¹² se ha prodigado en defender su importancia para confeccionar un

⁴¹⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 348.

⁴¹¹ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación del alcance de la ejecución respecto de titulares registrales posteriores a ella”, en *RCDI*, nº 666, julio-agosto 2001, págs. 1555 y ss. Se ha elegido la definición de este jurista al ser una de las opiniones más autorizadas con respecto a la vigencia y estudio del contrato de aportación de solar por edificación futura y más concretamente de lo que significó la modificación introducida en su día por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre. Otra definición de anotación preventiva la ofrece LA RICA Y MARITORENA, Ramón de: ob. cit., pág. 399, para quien «es un asiento principal y provisional, extendido en los libros de inscripciones, por el cual se hacen públicas y aseguran su eficacia ciertas relaciones jurídicas generadoras de derechos reales no inscribibles todavía o generadoras de derechos personales reforzados por la ley con efectos reales accesorios». LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1984 (reimpresión 1991), pág. 215, aseveran que para casos concretos y específicos que la ley señala individualizadamente, el Derecho español establece «un asiento de menor solemnidad y más simple que la inscripción, con efectos en general más reducidos, y además con duración legalmente limitada: la anotación preventiva».

⁴¹² VILLARES PICÓ, Manuel: “Anotaciones preventivas”, en *RCDI*, nº 464, enero-febrero, 1968, pág. 33, afirma que el sistema hipotecario español sería menos perfecto de no existir la anotación preventiva, cuyo contenido pasa a formar parte del historial de la finca como derecho que el anotante adquiere o pretende adquirir, bien como garantía real de mayor o menor intensidad o como limitación dispositiva que provoca efectos negativos de afectación a terceros. CAPÓ BONNAFAUS, Eduardo: “Apuntes sobre la anotación preventiva en el derecho hipotecario español”, en *RCDI*, nº 99, marzo 1933, págs. 196 y 197, destaca que inexplicablemente en el Derecho hipotecario español existía un inmenso vacío en torno a las anotaciones preventivas. De modo certero señala que la génesis ideológica de las mismas se concentra en el hecho de que el Registro de la Propiedad debe abarcar todas las relaciones que puedan afectar al régimen de la propiedad inmobiliaria tanto en lo que afecte al tiempo presente como en lo tocante a un tiempo futuro. RICA Y MARITORENA, Ramón de la: ob. cit., pág. 389, resalta que las anotaciones preventivas son aquella forma que puede revestir una relación inmobiliaria para alcanzar un estado registral, siquiera imperfecto o perfectible. En este sentido, considera que existen relaciones «inscribibles» o que pueden alcanzar su plenitud registral o la máxima protección del

sistema registral más perfecto y paternalista sobre la base de la suprema protección que la publicidad tabular confiere; máxime, cuando el constante desarrollo y desenvolvimiento de las relaciones jurídico-inmobiliarias debe conllevar y propiciar la facilidad de acceso al Registro, unida a la predisposición de los contratantes para que la anhelada protección sea real y efectiva.

Por ello RICA Y MARITORENA⁴¹³ sostiene que la anotación preventiva tiene que existir en todo sistema registral evolucionado y de publicidad debido a la importancia de la función que desempeña y «si el sistema se caracteriza por una enérgica protección del contenido del Registro, a base del robustecimiento de los principios de fe pública registral e inscripción, su necesidad es imperiosa para detener los efectos radicales de dichos principios, en los supuestos que la ley determina». Subrayando su importancia destaca que realmente la anotación preventiva es un asiento principal, consignado en los mismos libros, folios y parte de éstos que las inscripciones, encontrándose su única diferencia en el hecho de que las anotaciones preventivas se consignan mediante letras mientras que las inscripciones lo hacen con guarismos.

MOZOS Y TOUYA⁴¹⁴ contribuye a conformar la idea de que el Derecho Inmobiliario Registral español está en desarrollo, articulado en unos principios destinados a vigorizar el crédito territorial, facilitando las adquisiciones de los inmuebles y la circulación de los mismos; o lo que es lo mismo, garantizando la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, extremo que se alcanzará protegiendo a los adquirentes. La combinación de los principios de publicidad material y de inscripción conseguirán el resultado perseguido. Ahora bien —advierde—, para que los sistemas hipotecarios puedan optimizar tales resultados han de dotarse de medios jurídicos conducentes a no mantener en todo caso el reconocimiento incontrovertible del titular registral, cuando la realidad tabular no refleje la situación jurídica extrahipotecaria.

sistema al conseguir la referida inscripción ó «anotables», que son aquellas que no tienen acceso íntegro al Registro de la Propiedad, que no producen asientos definitivos estables y con plenitud de efectos. Estas últimas, por sí mismas, no han generado derechos reales perfectos ni los han modificado, transmitido o extinguido de modo eficaz o permanente.

⁴¹³ RICA Y MARITORENA, Ramón de la: ob. cit., pág. 395. También CAPÓ BONNAFOUS, Eduardo: ob. cit., pág. 196, al señalar que el comercio jurídico implica que el Registro de la Propiedad y su formalismo no han de convertirse en un obstáculo para desconocer su existencia.

⁴¹⁴ MOZOS Y TOUYA, Antonio M^a de los: “La anotación preventiva del derecho hereditario”, *RCDI*, noviembre-diciembre, 1982, pág. 1423.

II.3. Antecedentes

GÓMEZ DE LA SERNA⁴¹⁵, señalando a la Exposición de Motivos⁴¹⁶ de la LH de 1861, justifica que la anotación preventiva regulada en dicho texto legal no era una nueva institución sino que procede a sustituir a la conocida «hipoteca judicial», que puede tildarse como el precedente más inmediato, asegurando, además, que el origen de la anotación preventiva se encuentra en la legislación catalana del siglo XIV y, más concretamente, en una pragmática de Pedro III de Aragón que data de 1339, en la cual, bajo la denominación *annotatio* y *annotare*, quedaban enmarcadas las inscripciones que se hacían de los bienes de los delincuentes por orden de la autoridad judicial a fin de que éstos no pudieran ser ocultados o enajenados. Advierte el apuntado tratadista que el cambio de nomenclatura no es nuevo sino que procede del sistema germánico del cual deriva la acepción «prenotación».

⁴¹⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: ob. cit., págs. 60 y 207, señala que mientras el objeto de las denominadas hipotecas judiciales dura mientras subsiste el juicio y se ejecuta la sentencia, garantizando un derecho constituido «al parecer, aunque controvertido, y que su carácter es tan transitorio como el peligro que se trata de evitar. Por esto la Comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de *hipoteca judicial*, debía sustituir la de *anotación preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida. Por razones fáciles de comprender sin necesidad de esponerlas, ha hecho extensiva esta denominación a las inscripciones de los derechos reales, que aun no han llegado a su perfección, ni están consumados, ó que son eventuales ó transitorios, ó que por falta de alguna circunstancia legal requieran subsanación antes de ser inscritos definitivamente en los registros. Este cambio de nomenclatura no es nuevo; el sistema germánico lo adopta con el nombre de *prenotación*».

⁴¹⁶ Resoluciones actuales de la DGRN siguen recogiendo la importancia de la Exposición de Motivos de la LH de 1861, según se observa en la RDGRN de 26 de enero de 2012 (RJ 2012, 92940), en la que el Centro Directivo se pronuncia sobre la negativa de la registradora del Registro de la Propiedad nº 2 de Lugo a inscribir una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca. El Fundamento de Derecho Segundo se expresa así: *En consonancia con la prohibición de disponer de la cosa litigiosa por el demandado o por el demandante en nuestro Derecho anterior al Código Civil, el artículo 108-11 de la Ley Hipotecaria de 1861 rechazó la hipoteca de bienes litigiosos porque, como expresó su gloriosa Exposición de Motivos, «mientras esté en tela de juicio el dominio de una finca no puede considerarse a ninguno de los contendientes con derecho ni para enajenarla ni para hipotecarla». Posteriormente, el artículo 107-10.º de la Ley Hipotecaria de 1869 permitió que se hipotecaran «los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito, sin que pueda perjudicar los derechos de los interesados en el mismo fuera del hipotecante». Este criterio permisivo es el que acoge, en términos casi idénticos, el artículo 107.9º de la vigente Ley Hipotecaria (cfr., asimismo, el artículo 175.5.ª del Reglamento Hipotecario). Pero, en todo caso, esta regulación debe interpretarse conforme a las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo, de modo que sólo podrá inscribirse la hipoteca si el hipotecante es el titular registral del derecho objeto de la misma (artículo 20 de la Ley Hipotecaria).*

En el presente caso, la anotación preventiva de la sentencia no firme tiene evidente utilidad como constatación registral de que la inscripción de dominio está en entredicho por cuanto dicha sentencia ha declarado nulo el título que la motivó y ordenado su cancelación (cfr. artículo 42.10º de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 524 y 727.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); pero no produce ninguna modificación jurídico-real en favor del anotante sino que se limita a publicar tabularmente la específica situación en que se encuentra la titularidad dominical inscrita a que la sentencia se refiere. De este modo, asegura al favorecido por dicha anotación que, de producirse la modificación declarada por la sentencia si ésta llega a ser firme, tendrá efectividad contra los terceros que, sin dicha anotación, estarían protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Por ello, no puede practicarse la inscripción de hipoteca solicitada.

También la doctrina científica otorga a la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 un lugar preeminente en este punto. Así, DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., págs. 560 y 561, refiere que para definir con rigor la figura de la anotación preventiva es necesario buscar su fundamento o razón de ser y para ello, la antedicha Exposición de Motivos, atribuía a las anotaciones preventivas tres finalidades distintas: sustituir a las anteriores hipotecas judiciales; garantizar derechos reales que todavía no han llegado a su perfección o que son eventuales o transitorios, y garantizar los derechos reales que, por falta de alguna circunstancia legal, requieren subsanación antes de ser inscritos definitivamente en el Registro.

RICA Y MARITORENA⁴¹⁷ dando por cierto los orígenes citados adiciona otro más configurado por la denominada procesalmente «vía de asentamiento» contenida en el Fuero Real, utilizada para poner al demandante en posesión de los bienes litigiosos cuando el demandado era declarado rebelde.

Por su parte, MOZOS Y TOUYA⁴¹⁸ traslada el origen de las anotaciones preventivas a los asientos provisionales, denominados *protestationes*, que a mediados del siglo XVIII se admitieron en garantía de acciones modificadoras de situaciones reales nacidas fuera del Registro de la Propiedad, concretamente, en la Ordenanza Hipotecaria de Silesia, de 4 de agosto de 1750, otorgada por Federico II, y posteriormente, apreciada en la LH de Prusia de 20 de diciembre de 1783.

El mismo autor se sitúa en el momento anterior al BGB alemán para advertir de la gran cantidad de asientos provisionales existentes en las distintas legislaciones hipotecarias, con su divergente terminología, aunque con idénticas funciones de prevención y provisionalidad: «protestas, defensas, prenotaciones, cláusulas, notas marginales, embargos, inhibiciones, mandamientos, etc».

En Derecho español, —conforme describe el antedicho jurista—, el Proyecto de CC de GARCÍA GOYENA consignaba dos tipos de anotaciones preventivas: las «anotaciones preventivas» (arts. 1867 y ss.) y las «subinscripciones» (arts. 1877 y ss.). Las primeras van encaminadas a la anotación de las demandas en juicios que versan sobre la propiedad de bienes inmuebles o derechos reales y de las demandas sobre inscripciones o cancelaciones de inscripciones así como a las anotaciones de títulos cuya inscripción no fuese posible realizar por defectos subsanables. Junto a lo anterior, estos asientos recogían la publicidad y la efectividad registral de los derechos de los legatarios y acreedores del difunto, además de los créditos refaccionarios.

⁴¹⁷ RICA Y MARITORENA, Ramón de la: “La anotación preventiva en general”, en *RCDI*, nº 519, marzo-abril 1977, pág. 401.

⁴¹⁸ MOZOS Y TOUYA, Antonio M^a de los: ob. cit., págs. 1426 a 1428.

Por lo que respecta a las segundas, se trataban de un medio de anotaciones registrales por referencia al margen de cualquier contrato, disposición testamentaria u otro acto que de cualquier modo modificase la inscripción sin llegar a su total extinción.

II.4. Regulación actual

Actualmente, los arts. 42 a 75 LH recogen la normativa reguladora de las anotaciones preventivas, completada con lo dispuesto en los arts. 139 a 172 RH. No obstante, la doctrina⁴¹⁹ coincide en diagnosticar que los textos sustantivos no proporcionan una definición de lo que ha de entenderse por anotación preventiva sino que la literalidad del primer precepto que las regula, el art. 42 LH⁴²⁰, exclusivamente hace una enumeración de las mismas.

II.5. Características

Sin perjuicio de advertir que cada tipología de anotación preventiva posee unas características propias, en general se pueden aglutinar en las siguientes:

- a) Se trata de un asiento principal al estar dotada de sustantividad propia.

⁴¹⁹ RICA Y MARITORENA, Ramón de la: ob. cit., págs. 390 y 391. En este artículo, el referido hipotecarista recoge una profusa relación de las definiciones proporcionadas por los diferentes autores, buena prueba de la enorme dificultad de conceptualización de la anotación preventiva.

⁴²⁰ El tenor literal del art. 42 LH es el que sigue: *Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:*

1. *El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.*
2. *El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.*
3. *El que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*
4. *El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.*
5. *El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del artículo 2 de esta Ley.*
6. *Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.*
7. *El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría.*
8. *El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refacción.*
9. *El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por algún defecto subsanable, por imposibilidad del Registrador, o cuando este inicie de oficio el procedimiento de rectificación de errores que observe en algún asiento ya practicado en la forma que reglamentariamente se determine.*
10. *El que en cualquiera otro caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley.*

- b) Es provisional.
- c) Es un asiento positivo, de creación de derechos, frente a las cancelaciones, cuyo contenido es negativo o extintivo.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA⁴²¹ afirman que la «transitoriedad» y la «pendencia» son los dos caracteres más destacados y constantes de la anotación preventiva en su contraste con la inscripción.

En lo tocante a la primera característica, esa provisionalidad, temporalidad o transitoriedad, viene a significar que su destino es llegar a convertirse en un asiento definitivo o caducar con independencia del derecho que haya motivada tal anotación. No obstante la mencionada provisionalidad, conviene dejar patente que, el derecho sustantivo al que va conectada no lo es y, por consiguiente, dicho derecho perdurará en el tiempo más allá, pudiendo protegerse y ejercitarse aunque haya decaído la vigencia temporal de la anotación preventiva. Con la anotación preventiva se refuerza un puro derecho personal o de crédito con el aditamento de un efecto sustantivo⁴²².

La pendencia pone de manifiesto su finalidad como herramienta para conseguir un asiento definitivo de forma anticipada evitando ulteriores perjuicios; como señal de publicidad negativa⁴²³ frente a otros terceros con objeto de ocupar un lugar de privilegio frente a los anotantes posteriores; como aviso de que el derecho que ostenta un titular está siendo discutido o se ve enmarcado en el ámbito de una prohibición de enajenar así

⁴²¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: ob. cit., pág. 215.

⁴²² CAPÓ BONNAFOUS, Manuel: ob. cit., pág. 199 y 200. Para este autor, en todos los casos de anotación preventiva hay una especie de novación del derecho de obligación originario mediante la adición de un derecho real determinado que va desde la concesión de una expectativa del inmueble hasta un derecho accesorio de garantía, el cual, según los supuestos, se acerca en mayor o menor medida al derecho de hipoteca hasta llegar a coincidir sustancialmente con él como el caso específico del crédito refaccionario.

⁴²³ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a Goñi: “Dos cuestiones sobre la anotación preventiva de embargo: su naturaleza declarativa y su relación con el principio de prioridad registral”, en *RCDI*, nº 715, septiembre-octubre 2009, pág. 2642 y ss., tratando sobre la anotación preventiva de embargo, subraya la función de garantía y las notas de provisionalidad y de publicidad negativa de las anotaciones preventivas.

como para que tengan acceso al Registro de la Propiedad aquellos derechos adquiridos por el anotante que estén pendientes de ser anotados o concretados⁴²⁴.

II.6. Derechos objeto de anotación preventiva

Siguiendo a RICA Y MARITORENA⁴²⁵ las relaciones jurídicas que se hacen merecedoras de la protección incompleta que brindan las anotaciones preventivas se dividen en dos grandes grupos: a) aquellas relaciones jurídicas generadoras de un derecho real al que le falta alguno de los supuestos necesarios para su inscripción, ya sea de elementos civiles o registrales o de reconocimiento de la relación misma mediante una declaración judicial definitiva y b) relaciones jurídicas generadoras de un derecho personal o de obligación al que se le adicionan efectos de carácter cautelar o preventivo o de garantía real accesoria.

Por su parte, Díez-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS⁴²⁶ en cuanto al objeto de las anotaciones preventivas atienden al hecho de que son derechos y situaciones jurídicas que no son directamente inscribibles, bien por no constituir verdaderos y genuinos derechos reales, o bien por tratarse de situaciones meramente transitorias.

II.7. Teoría expansiva de la anotación preventiva

⁴²⁴ VILLARES PICÓ, MANUEL: “Anotaciones ...”, ob. cit., pág. 34.

⁴²⁵ RICA Y MARITORENA, Ramón de la: ob. cit., págs. 397 y 398. La apuntada división la basa este autor en la subdivisión de las anotaciones preventivas en cuatro clases: 1) los derechos perfectos de titulación imperfecta; 2) derechos reales imperfectos; 3) derechos reales perfectos y de titulación perfecta pero de vida transitoria y 4) derechos personales con vocación a inmuebles o derechos reales indeterminados (los denominados *ius ad rem*). Idéntica distinción había realizado previamente CAPÓ BONNAFOUS, Manuel: ob. cit., págs. 199 y 200, añadiendo que las anotaciones del primer grupo tienen como función básica «publicar sin constituir», existiendo en su base un derecho real o una limitación a la capacidad dispositiva pero nunca un mero derecho de crédito; las del segundo grupo considera que «publican constituyendo», caracterizándose por la constitución registral, provisional y subordinada de un derecho accesorio que viene a reforzar la relación básica, siendo su base una relación meramente obligatoria. A esta clasificación también alude MOZOS Y TOUYA, Antonio M^o de los: ob. cit., pág. 1442.

⁴²⁶ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 348, quienes refieren que: «Puede decirse que son *preinscripciones*, que publican la existencia de un derecho en vías de inscripción, pero todavía no inscrito, o *asientos de contradicción*, pues publican una eventual y futura rectificación del Registro, o *medios de publicidad* de situaciones de trascendencia real inmobiliaria, que por razones de política legislativa y de mecánica registral no acceden al Registro por la vía de la inscripción, o, por último, asientos que dotan a determinados créditos de *garantías y de preferencia* frente a otros».

En la práctica existe la tendencia a la expansión o extensión de supuestos en los que es válido el recurso a la anotación preventiva. Uno de ellos, muy característico, lo configura las anotaciones preventivas de querrela, asimilada a la anotación preventiva de demanda recogida en el art. 42.1 LH. La RDGRN de 12 de julio de 2012⁴²⁷ muestra de manera diáfana la admisión por parte del Centro Directivo de esta clase de anotación cuando de la querrela se desprende que puede existir una alteración en el Registro de la Propiedad con trascendencia real. En concreto, lo que se presentó a inscripción fue un mandamiento de anotación preventiva de querrela por falsedad y estafa contra el presidente de una comunidad de propietarios en propiedad horizontal, como consecuencia de haber aportado éste una certificación falsa de un acuerdo de la que resulta facultado por unanimidad para determinados actos con trascendencia registral. La DGRN en los Fundamentos de Derecho Tercero y Quinto de la citada Resolución concluye que:

3º. La anotación de querrela es una modalidad de la anotación de demanda, regulada en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria. Admitido por la doctrina y por las Resoluciones de este Centro Directivo que la anotación de demanda puede practicarse siempre que la estimación pueda producir una alteración registral, con objeto de que durante la sustanciación del procedimiento no puedan surgir terceros a los que tal procedimiento no pudiera afectarles, dada la eficacia relativa de la sentencia y el principio de fe pública registral, y, dado que tal efecto puede producirse por la estimación de una demanda y también por una querrela (pues la nulidad de un título o de una inscripción puede producirse por el ejercicio de una acción penal), este Centro Directivo ha admitido la anotación preventiva de querrela siempre que, como consecuencia de tal querrela pueda producirse una alteración del contenido registral.

[...]

5º. El segundo de los defectos radica en considerar que la querrela carece de trascendencia real, pero ello no es así. Tratando la querrela de la falsedad de un documento (la certificación falsa de un acuerdo) que puede ser la base de una alteración registral, la trascendencia real es clara, pues se trataría de la inexistencia de unas facultades con cuyo ejercicio puede producirse tal alteración registral, y de hecho, alteraciones registrales de tal tipo se denuncian en la querrela presentada.

Ahora bien, ante la tendencia expansiva anteriormente apuntada, la propia DGRN traza las consiguientes barreras a fin de que no toda solicitud pueda tener el tratamiento de anotación preventiva, como sucede con la RDGRN de 18 de junio de

⁴²⁷ RJ 2012, 10078.

2012⁴²⁸, en la que se veta la creación de garantías reales por medio de esta vía. Su admisibilidad daría lugar al advenimiento de una figura de contornos indeterminados en lo relativo a sus requisitos, efectos y procedimientos de efectucción de las garantías carente de regulación legal. Así queda recogido en el Fundamento de Derecho Quinto de la citada Resolución:

En cuanto a los derechos reales que pueden tener acceso al Registro, ni siquiera por vía de inscripción, es posible la creación de garantías reales no previstas en la legislación vigente. Si bien en materia de servidumbres, de derechos de uso y de determinadas hipotecas, caben nuevas figuras o modificaciones en cuanto a su contenido de las previstas legalmente, porque se mantiene en ellas la regulación general básica propia de esas figuras jurídicas, no es posible crear una garantía real por vía de afección, porque daría lugar a una figura completamente indeterminada en cuanto a sus requisitos, efectos y procedimiento de efectucción de las garantías, no prevista en la legislación vigente e incluso contraria a los tipos legalmente previstos sin conexión ni analogía alguna con ellos. La afección real de las fincas como garantía puede conseguirse perfectamente no por la vía de una anotación preventiva sino por la constitución de una hipoteca, como ocurre en la práctica respecto a las garantías en pago de fraccionamientos o aplazamientos de impuestos en que se extiende la duración de la garantía al periodo de reclamación económico-administrativa o contencioso-administrativa, por lo que cabría que el interesado constituyera una garantía real sobre la finca consistente en una hipoteca que ésta sí, por razón de la legislación civil y registral, daría lugar a la afección real de la finca al pago de la cantidad correspondiente y a la realización de valor por los procedimientos legalmente previstos en caso de incumplimiento, así como a la preferencia o rango previstos en la propia legislación vigente.

II.8. La anotación preventiva como herramienta de protección del cedente del solar

Como corolario con respecto a lo visto sobre esta figura y su interconexión con el contrato de aportación de solar, se considera que existe una veta a explotar con fundamento jurídico sustantivo en el art. 20 LH⁴²⁹, en relación con los arts. 274, 283 y

⁴²⁸ RJ 2012, 10065.

⁴²⁹ Dice el art. 20 LH: *Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.*

En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el expresado derecho y no se acredite fuere inscribible con arreglo al artículo 205, los Registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta Ley.

No será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes.

312 RH, en el sentido del acogimiento de la anotación preventiva del título por falta de previa inscripción de los inmuebles de que se trate.

En efecto, podría ser un sendero despejado para reforzar la posición del cedente del solar tomando como perspectiva una de las opciones que se muestran como óptimas para la defensa de una permuta con efectos jurídico-reales, en particular, la que defiende que la entrega al cedente de los inmuebles pactados se producirá una vez que se inscriba la división de la propiedad horizontal debido a que será a partir de dicho momento cuando se esté en disposición de defender la «existencia jurídica» de las piezas de edificación convenidas al constar ya como fincas registrales.

La anotación preventiva del derecho del cedente sobre la futura obra, cuya solicitud se efectuará en la escritura de permuta del solar por la futura edificación, le concederá una protección superior *erga omnes* hasta que se inscriba la división horizontal del edificio en el que están enclavados los pisos o locales pactados. Y ello singularmente para el supuesto de que un paréntesis de tiempo excesivamente dilatado entre el otorgamiento de la escritura de permuta y la posterior de división horizontal, debilite su posición o se considere vulnerable por terceros que tengan asimilado como contradictoria la existencia de la cosa futura en el sentido atribuido por la RDGRN de 16 de mayo de 1996, esto es, como objeto jurídico complejo y en continuo estado de transformación.

Tampoco será precisa dicha inscripción previa para inscribir los documentos otorgados por los herederos:

- 1. Cuando ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste.*
- 2. Cuando vendieren o cedieren a un coheredero fincas adjudicadas proindiviso a los vendedores o cedentes, pero en la inscripción que se haga habrá de expresarse dicha previa adjudicación proindiviso con referencia al título en que así constare. Y*
- 3. Cuando se trate de testimonios de decretos de adjudicación o escritura de venta verificada en nombre de los herederos del ejecutado en virtud de ejecución de sentencia, con tal que el inmueble o derecho real se halle inscrito a favor del causante.*

Cuando en una partición de herencia, verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los que lo fuesen de éste los bienes que a aquél correspondían, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas.

No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento.

Por tanto, la extensión temporal de la anotación preventiva propugnada quedaría circunscrita al intervalo que medie entre la inscripción de la escritura de permuta de solar por obra futura y la posterior de obra nueva y división horizontal, desapareciendo automáticamente con la constancia tabular del segundo de los instrumentos públicos referidos⁴³⁰.

El elemento discordante está en la propia alusión que se contiene tanto en el art. 20 LH como en el art. 312 RH al hecho de la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas. Como consecuencia de ello, acoger esta posibilidad según la propia literalidad de los preceptos citados se traduce automáticamente en aceptar el derecho del cedente como derecho real en la escritura de permuta y no a partir de que la cosa futura adquiere existencia jurídica como finca registral al inscribirse la escritura pública de división horizontal.

III. EL CRÉDITO REFACCIONARIO

III.1. Consideraciones previas

La doctrina científica⁴³¹ a la hora de dotar de mayor protección y garantías al cedente de solar frente a los acreedores del constructor-cesionario se ha planteado la posibilidad de configurar el derecho que ostenta el anterior dueño del suelo sobre la obra futura como un crédito refaccionario, tomando en consideración el propio sector de la edificación en el que se desenvuelven las relaciones jurídico-mercantiles entre ambas partes. De hecho, algunos autores⁴³² han convenido en considerar al adquirente de un inmueble en construcción la cualidad de acreedor refaccionario por las cantidades

⁴³⁰ RICO MORALES, Nicolás: “La prehorizontalidad”, en *Lunes cuatro treinta*, nº 219, 2ª quincena, septiembre 1997, pág. 31, estima que por el carácter temporal de las situaciones de prehorizontalidad, la anotación preventiva sería el asiento a practicar, aunque se encuentra con el escollo del encorsetamiento a un específico *numerus clausus*.

⁴³¹ El examen de esta concepción puede verse en SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 657 a 665. Asimismo, con respecto al origen histórico de la institución puede verse más ampliamente en ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 180 a 184 y PLANA ARNALDOS, Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 214 a 219.

⁴³² GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “La situación de prehorizontalidad...”, ob. cit., pág. 936.

entregadas a cuenta que el promotor-constructor necesariamente debe destinar a la edificación.

De esta forma, el cedente del solar gozaría de un crédito privilegiado que trae como causa su calificación como financiador de la edificación, propugnándose la defensa de su crédito con el privilegio que la refacción entraña. Recuérdese, además, que el art. 42.8 LH dispone que podrán solicitar la anotación preventiva de sus derechos en el Registro de la Propiedad: «El acreedor refaccionario mientras duren las obras que sean objeto de la refacción».

III.2. Definición

No existe en Derecho sustantivo una definición de crédito refaccionario⁴³³. O'CALLAGHAN MUÑOZ⁴³⁴ indica que etimológicamente «refacción» significa reconstrucción o reparación de alguna cosa aunque la legislación ha protegido también al acreedor que dé dinero para la refacción.

Las referencias al mismo se encuentran en su consideración como crédito privilegiado en los arts. 1923 y 1927 CC y en cuanto a la anotación preventiva del mismo en los arts. 42.8º y 59 a 64 LH así como en los arts. 155 a 160 RH⁴³⁵, preceptos todos ellos enmarcados fuera del ámbito concursal. Por su parte, dentro del concurso de acreedores aparece el art. 90.1.3º LC, texto que otorga privilegio especial a *los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado*.

⁴³³ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 657, deja constancia que en la LH de 1861 se recogieron los términos «créditos» y «acreedor refaccionario» pero sin definirlos conceptualmente.

⁴³⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: ob. cit., pág. 2070. También ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *Los créditos...* ob.cit., págs. 178 y 184.

⁴³⁵ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a Dolores: “Anotación preventiva de créditos refaccionarios”, en *RCDI*, n^o 664, marzo-abril 2001, págs. 623 y ss., significa la inexistencia de definición legal de crédito refaccionario aunque sí advierte acerca de la existencia de límites siendo el principal el fundamento del privilegio el aumento de valor introducido por el acreedor refaccionario en el patrimonio del deudor. Véase de esta misma jurista: “El crédito refaccionario en la Ley Concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n^o 6/2005, Civitas, Madrid, 2005, pág. 275 y ss.

La RDGRN de 18 de julio de 2011⁴³⁶ es igualmente clarificadora de cuanta se ha expuesta *supra* respecto al hecho de que el crédito refaccionario es el contraído para construir conservar, reparar o mejorar una cosa, reseñando que:

Puede afirmarse que se considera crédito refaccionario el contraído en la construcción, conservación, reparación o mejora de una cosa, generalmente un inmueble. Tradicionalmente se ha exigido a la figura del acreedor refaccionario una colaboración personal en las tareas vinculadas a la cosa refaccionada. Y, según la evolución jurisprudencial, el crédito deriva de la anticipación de dinero, material o trabajo con dicha finalidad.

Sin embargo, como de manera trivial enseña DÍEZ-PICAZO⁴³⁷, la utilidad del crédito refaccionario proviene de consistir el mismo en una preinscripción, otorgando al beneficiario el derecho a convertirla en inscripción de hipoteca, surtiendo desde su fecha todos los efectos de la misma.

DÍAZ FRAILE⁴³⁸ se traslada a los orígenes más inmediatos de esta institución, esto es, al Anteproyecto de CC de 1848 y al Proyecto de 1851, resultando de este último que el privilegio refaccionario se atribuía a los créditos por *los gastos de construcción y reparos mayores, conforme al art. 1927, señalando el art. 1874 como titulares de tales créditos a los arquitectos, empresarios, oficiales, obreros y los que suministran materiales al propietario para la construcción o reparación de sus edificios o de otras obras.*

III.3. El crédito refaccionario y el contrato de aportación de solar por obra futura

No debe perderse la perspectiva de que el recurso al crédito refaccionario se efectúa como refuerzo de la posición de desequilibrio contractual que ostenta el cedente del solar. Ahora bien, el ordenamiento jurídico no posee una definición legal de crédito

⁴³⁶ RJ 2012, 3183.

⁴³⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 575.

⁴³⁸ DÍAZ FRAILE, Juan M^º: “El crédito refaccionario en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998: Estudio especial a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000 y de 31 de enero de 2001”, en *RCDI*, nº 673, septiembre-octubre 2002, págs. 1671 y ss.

refaccionario y, por ende, debe acudir para ello a las soluciones que constan en la jurisprudencia del TS y de la DGRN⁴³⁹.

Por consiguiente, la primera premisa para que el cedente del solar pueda acudir al privilegio que confiere el crédito refaccionario habrá que gozar de la absoluta certeza de que la naturaleza de su derecho está enmarcada dentro de la definición que la jurisprudencia otorga al mismo. A juicio de la presente investigación, no puede defenderse de forma indubitada que así sea, encontrando un obstáculo apriorístico respecto a la consideración o no de refaccionario del crédito del cedente respecto a la futura edificación que le ha de entregar el cesionario una vez finalizada.

A lo anterior debe adicionarse que, de entrada, el crédito refaccionario es objeto de una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.8 LH, de modo y manera que, sin cercenar de manera taxativa el recurso al mismo, lo cierto es que no se aprecian razones para primar a esta alternativa en relación con la propia teoría expansiva de la anotación preventiva tratada con anterioridad.

IV. LA NOTA MARGINAL

IV.1. Introducción

El desequilibrio contractual que soporta el cedente del solar hasta el momento en que recibe materialmente la parte de la obra acordada como contraprestación con el constructor-cesionario ha intentado paliarse recurriendo a otro asiento registral: la nota marginal. Con ello se trataría, en definitiva, de poner a disposición del *tradens* del solar todos los mecanismos registrales posibles para impedir que el cesionario transmita a terceros los inmuebles que corresponderán al cedente una vez finalizado el edificio y, en

⁴³⁹ Véase al respecto la RDGRN de 18 de julio de 2011 (RJ 2012, 3183) y la STS (Sala 1ª) de 21 de julio de 2000 (RJ 2000, 5499).

todo caso, que cuente con una defensa eficaz en el hipotético supuesto de que, aun y todo, se efectúe la enajenación antedicha.

Esta opción ha sido planteada por MUÑOZ DE DIOS⁴⁴⁰ si bien que en el específico ámbito de la compraventa de pisos sobre plano pero perfectamente extrapolable al contrato de aportación de solar por obra futura.

Hechas las anteriores consideraciones, es de rigor atender al concepto y a las características definatorias de las notas marginales para comprobar si podrían utilizarse para el pretendido fin de recoger la contraprestación correspondiente al anterior propietario del suelo y hacerla valer frente a terceros ajenos al contrato.

IV.2. Definición

Siguiendo a ROCA SASTRE⁴⁴¹, «la nota marginal es un *asiento registral* en general accesorio, *definitivo y positivo*, que se extiende al margen de otros asientos, y cuyo objeto es consignar un *hecho* que modifica un derecho registrado o *hacer las veces* de una inscripción, anotación preventiva o cancelación, o facilitar la *mecánica de la oficina* del Registro».

Este mismo autor afirma que, a pesar de la marginalidad del citado asiento registral, lo cierto es que el legislador la ha empleado de manera generosa, quizás incluso excesiva, pues siendo su misión descongestionar el contenido de los libros registrales, queda un poco desvirtuada su función si se abusa de la misma.

Por su parte, LACRUZ BERDEJO⁴⁴² conceptúa la nota marginal como un asiento «muy simple», relacionado siempre con otros a los que sirven de base y a los que

⁴⁴⁰ MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: “El fraude en la compraventa de viviendas y posibles soluciones preventivas”, en *Revista de Derecho Privado*, 1981, pág. 1071.

⁴⁴¹ ROCA SASTRE, Ramón M^º y otros: *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 2008, pág.539.

⁴⁴² LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: ob. cit., pág. 236.

aportan una mutación, advertencia o referencia de expresión sencilla, con el contenido previsto por el legislador.

IV.3. Características

Además de su constancia al margen de los asientos con los que está conectada, las características principales de la nota marginal se contraen a las siguientes:

1º) «Accesoriedad». La nota marginal consta como un apéndice o complemento de otro asiento. Es así por norma general, a excepción de cuando con la misma se efectúa un asiento de inscripción o anotación preventiva o cancelación.

2º) Es un asiento «definitivo». Se aprecia aquí la diferencia fundamental con la anotación preventiva, excepción hecha de cuando la propia nota marginal haga las veces de anotación preventiva.

3º) Se trata de un asiento «positivo» debido a que no cumplen una función extintiva de las cancelaciones registrales, excepción hecha de las notas marginales propiamente cancelatorias.

4º) Existe un *numerus clausus*⁴⁴³ de notas marginales. Como sostienen Díez-PICAZO Y GULLÓN⁴⁴⁴ sólo se pueden practicar las notas marginales expresamente previstas legalmente aunque no se establece regla general alguna y ordena solamente la extensión de tales notas en supuestos particulares y específicos.

⁴⁴³ Característica señalada por LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: ob. cit., pág. 236; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 361 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 579, haciendo constar que sólo se ordenan en casos «particulares y específicos».

⁴⁴⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 361.

En este sentido, sin relacionar exhaustivamente los supuestos establecidos por disposición legal, las clases de notas marginales establecidas legalmente son:

1ª) «De mutación jurídica»: aquéllas que recogen hechos o circunstancias que provocan un cambio real aunque éste por sí mismo no conlleva un acto inscribible. No gozan de ningún efecto particular sino simplemente publican el hecho, negocio o declaración y, además, el cambio real de que se trate, relacionándolo con el asiento a que se refieren⁴⁴⁵.

2ª) «De función equivalente»: se trata de notas marginales cuyo contenido sería el propio para efectuar una inscripción pero que, sin embargo, el legislador ha previsto que se haga constar de manera más simple en los libros registrales. Dentro de estas hay que distinguir las denominadas «preventivas» recogidas en el art. 163 RH⁴⁴⁶ y las «cancelatorias» cuyo cometido es cancelar un asiento de presentación.

3ª) Por último están las notas marginales «de oficina», las cuales carecen de valor jurídico, consistiendo en breves comentarios utilizados para la coordinación entre asientos registrales.

IV.4. La nota marginal como herramienta de protección del cedente del solar

En los apartados anteriores se ha confirmado la accesoriedad y simplicidad de la nota marginal. A ello cabe añadir el encorsetamiento al que quedan sujetas las mismas en virtud del *numerus clausus* establecido legalmente.

⁴⁴⁵ Así Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 580.

⁴⁴⁶ El art. 163 RH dispone que: *Si pedida una nota marginal que implique adquisición, modificación o extinción de derechos inscritos, cuando no deba verificarse inscripción o anotación, no pudiera efectuarse por algún defecto subsanable del título, deberá extenderse, a petición de parte interesada, nota marginal preventiva, que expresará el contenido del documento presentado, el objeto de la presentación, la circunstancia de haberse suspendido aquélla y los motivos de la suspensión.*

Las notas marginales preventivas caducarán a los 60 días de su fecha. Este plazo se podrá prorrogar hasta 180 días, por justa causa y en virtud de providencia judicial.

La contraprestación del cedente del solar, equivalente al valor del suelo cedido al promotor-constructor —salvedad hecha de las formas mixtas en las que parte del precio del solar se satisfaga también pecuniariamente—, será de la suficiente relevancia económica como para que el justo equilibrio contractual se pondere en virtud de una nota marginal.

Junto a la anterior razón puramente crematística puede añadirse que, para salvaguardar el derecho del primigenio propietario del suelo, debe identificarse perfectamente la edificación futura que recibirá una vez finalizada la edificación. Por consiguiente, la nota marginal no parece el recurso más adecuado para describir con precisión uno o varios departamentos a construir según requiere el principio de especialidad registral.

No obstante lo anterior, la nota marginal podría servir como prueba eficiente de la mala fe de terceros si se reflejara mediante la misma los elementos futuros correspondientes al cedente del solar. Sin embargo, tampoco cumpliría plenamente su función si la descripción de los inmuebles a construir no fuese lo suficientemente precisa ya que, en otro caso, la garantía que brindaría al cedente no iría más allá de la que se deduce de los arts. 10 LH y 56 RH derivada de la inscripción del solar a favor del cesionario.

En definitiva, en rigor parece más adecuado acudir para idéntica finalidad a la anotación preventiva por la primacía y mayores garantías que se desprenden de este asiento registral.

PARTE III

LAS DIFERENTES TEORÍAS EXISTENTES EN RELACIÓN A LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA

CAPÍTULOS X A XIV

CAPÍTULO X

TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO- OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-
OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR
POR OBRA FUTURA**
- III. DOCTRINA PARTIDARIA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES
DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA POR OBRA FUTURA**
- IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA TEORÍA DE LOS
EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA DE PERMUTA
DE SOLAR POR OBRA FUTURA**
- V. TEORÍA DE LA EFICACIA TRANSMISIVA DIFERIDA DE LA PROPIEDAD
MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA.- V.1. Introducción.- V.2. Fundamentos
jurídicos de la teoría de la transmisión diferida de la propiedad mediante escritura
pública.- V.3. Doctrina partidaria de la teoría de la transmisión diferida de la
propiedad mediante escritura pública.- V.4 Doctrina crítica con la teoría de la
transmisión diferida de la propiedad mediante escritura pública**

I. INTRODUCCIÓN

La teoría consistente en conceder a la escritura pública de permuta efectos jurídico-obligacionales atribuye al cedente del solar única y exclusivamente un derecho de crédito o personal para reclamar al cesionario la entrega de la obra futura convenida. Sus adeptos, por tanto, niegan valor transmisivo a la escritura pública que contiene el negocio jurídico de intercambio apoyándose en que los inmuebles futuros, inexistentes por definición, no pueden ser objeto de derechos reales al requerirse la existencia de la cosa para establecer el poder directo e inmediato que el referido derecho subjetivo requiere, además de que, en ese caso, se estaría llevando a cabo la transmisión del dominio por un no poseedor.

Lógicamente, esta concepción implica posicionar al inicial propietario del suelo en una situación de neto desequilibrio frente a la otra parte contratante habida cuenta de que en el tiempo que media hasta que recibe la edificación convenida queda a merced de la buena gestión, la solvencia y el perfecto cumplimiento del vínculo contractual por parte del cesionario, y ello habiéndole transmitido a éste el solar con anterioridad, o lo que es lo mismo, habiendo dado cumplimiento íntegro a su contraprestación desde el primer momento⁴⁴⁷. Durante este intervalo de tiempo, según ya se ha examinado, el cedente puede ver difuminada su expectativa por múltiples eventualidades: quedar embargada la edificación futura por los acreedores del constructor; por avatares propios de las relaciones mercantiles que abocan a éste al concurso de acreedores o a que un acreedor inicie un concurso necesario ante la insolvencia sobrevenida del cesionario; por la transmisión a terceros de los inmuebles comprometidos con el cedente o simplemente por el propio incumplimiento en cuanto a la finalización de la construcción propiamente dicha por causas variopintas, sin olvidar la posible ejecución de la hipoteca constituida por el constructor para financiar la edificación ante el impago del préstamo que aquélla garantiza. Con respecto a esto último conviene no olvidar que el desenvolvimiento cotidiano de los negocios conlleva que con suma frecuencia el cesionario se vea obligado no sólo a hipotecar el solar sino, además, las diferentes fincas que conformarán la futura edificación, toda vez que la construcción pretendida supone un ingente desembolso económico⁴⁴⁸.

A todo ello debe sumarse el obstáculo anteriormente analizado con el que se encuentra el cedente a la hora de interponer una tercería de dominio sobre el solar ya transmitido.

Se ha entendido que el acogimiento por parte de la doctrina española de esta tesis proviene de la influencia del art. 1601.2 del CC francés y del art. 1472 del CC

⁴⁴⁷ No deben pasar inadvertidas dos cuestiones: la primera, la suscripción en ocasiones del contrato de permuta de solar a cambio de obra futura, sin tenerse la plena constancia de que cuestiones ajenas al ámbito contractual pueden poner en peligro su eficacia ulterior, como pueden ser todas las circunstancias inherentes al ámbito urbanístico que pueden dilatar enormemente e incluso imposibilitar la edificación; en segundo lugar, el tiempo medio empleado por una entidad constructora en ejecutar un edificio en altura abarca plazos de entre 18 y 24 meses desde que se concede por el Ayuntamiento correspondiente la licencia de obras de que se trate hasta que se entregan los inmuebles a los adquirentes.

⁴⁴⁸ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M^a: “Conflicto entre el permutante...”, ob. cit., pág. 351, así lo hace constar, extremo que obliga a tratar cuestiones tan «espinosas» —a su juicio— como la naturaleza del derecho del cedente y la posibilidad de que tal derecho acceda al Registro de la Propiedad.

italiano. Los preceptos señalados exigen que el bien futuro adquiriera existencia para que se pueda transmitir la propiedad⁴⁴⁹, y ello pese a tratarse de ordenamientos jurídicos que acogen el sistema de transmisión consensual del dominio, según se ha podido observar en el capítulo II del presente trabajo.

Hasta la entrada en vigor del RD 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificó el art. 13 RH en el sentido de conceder a las partes la facultad de pactar la «transmisión actual» de la obra futura, —o lo que es lo mismo, conceder a la escritura pública eficacia jurídico-real—, sólo se reconocía la permuta con efectos jurídico-obligacionales, es decir, que el cedente o aportante del terreno exclusivamente gozaba de un derecho de crédito frente al constructor-cesionario hasta que se producía la *traditio* o entrega por parte de este último de la obra futura pactada como contraprestación. Si bien se dedicará un capítulo completo al estudio pormenorizado del antedicho RD, puede adelantarse que dicha regulación marcó un antes y un después en el tratamiento de la transmisión de la propiedad en el contrato de aportación de solar por obra futura, como consecuencia de convertirse en el primer texto normativo no sólo en el que se hizo mención expresa al mismo sino por la facultad que se concedió a las partes de dotar a su negocio jurídico de efectos jurídico-reales. Por ello, a pesar de la anulación parcial del nuevo art. 13 RH llevada a cabo por la Sala 3ª del TS en su sentencia de 31 de enero de 2001, la semilla de esta norma debe tenerse en cuenta porque puede servir de basamento para una ulterior disposición legal que admita la transmisión automática de los elementos futuros al cedente del solar.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA POR OBRA FUTURA

Esta teoría se asienta en dos pilares fundamentales:

⁴⁴⁹ CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario de la STS...”, ob. cit., pág. 1152.

1º) La inmaterialidad o inexistencia física de la edificación futura en la que consiste la contraprestación del constructor-cesionario en el momento de suscribirse el contrato hace inviable sostener que sobre la misma pueda existir un derecho real cuyas características básicas son el ostentar un derecho inmediato y directo sobre los bienes de que se trate⁴⁵⁰.

2º) El sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos reales instaurado en el Derecho positivo español presupone para que opere la *traditio* la existencia actual de la cosa. Así, aun en el caso de acudir a formalizar el contrato en escritura pública no opera la tradición instrumental porque el *tradens*, necesariamente, ha de ser poseedor, aunque sea poseedor mediato, circunstancia que por definición no puede acontecer en el ámbito de las cosas futuras.

En este sentido, los valedores de esta concepción se inclinan por negar eficacia transmisiva inmediata a la escritura pública entendiendo que con respecto a los bienes futuros no puede defenderse la equivalencia a la que se refiere el art. 1462.2 CC. El apoyo que encuentran los adeptos a esta tesis para desestimar la equivalencia escritura pública-entrega es el propio tenor literal del precepto antedicho: *si de la misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario*, debido —argumentan— a la imposibilidad de transmitir mediante escritura pública una cosa que en el propio instrumento público indefectiblemente aparece descrito como inexistente.

Consecuencia lógica de lo antedicho es que para esta línea de pensamiento el derecho del cedente no puede llegar a gozar de eficacia *erga omnes* ya que, según lo que establecía el anterior tenor literal del art. 10 LH⁴⁵¹ y el art. 51.6 RH⁴⁵², los derechos

⁴⁵⁰ LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: “Notas sobre los negocios jurídicos...”, ob. cit., pág. 71. Así lo explicita este autor aseverando que un derecho real, por definición, no puede recaer sobre un bien futuro porque el bien no es aprehensible materialmente. Tampoco aplica sobre el mismo la usucapión ni puede llevarse a cabo la tradición real ni la fingida en cualquiera de sus formas pues presuponen la existencia de la cosa. Ni siquiera la tradición instrumental porque el vendedor o el cedente no poseen real y efectivamente la finca.

⁴⁵¹ Hasta el 1 de noviembre de 2015, el tenor literal del art. 10 LH establecía: *En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago*. A partir de la fecha indicada, ha variado el tenor literal del citado precepto en virtud de lo establecido en la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la LH aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por RDL 1/2004, de 5 de marzo.

⁴⁵² Por su parte, el art. 51.6 RH establece lo siguiente: *Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente*,

personales carecen de eficacia real y no perjudican a tercero aunque se haya recogido su mención en el Registro de la Propiedad⁴⁵³.

Así las cosas, tras anular la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001, los tres primeros párrafos del art. 13 RH introducidos por el RD 1867/1998, la situación actual desde el punto de vista sustantivo del contrato en el que se centra esta investigación es la misma que la existente antes de la aparición del citado RD, esto es, el exclusivo reconocimiento al cedente de un derecho personal frente al constructor-cesionario. No obstante lo anterior, en los siguientes capítulos se comprobará la absoluta bipolaridad existente en este concreto ámbito en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia frente a la que mana de la DGRN: por un lado, los Tribunales de Justicia —con escasísimas excepciones— no admiten la permuta con efectos reales *ab initio* sobre la futura edificación mientras que la DGRN, a partir de la RDGRN de 16 de mayo de 1996, sigue manteniendo una línea invariable en cuanto a la protección tabular de la permuta con efectos jurídico-reales siempre que se establezca por las partes la denominada «comunidad especial» sobre el solar a la que aludía el anulado art. 13.2 RH, bajo el argumento de que siendo el suelo un elemento tangible físicamente puede recaer sobre el mismo un derecho real y, por ende, la copropiedad que las partes establecen inicialmente sobre el solar puede acceder al Registro de la Propiedad.

copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél. No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real.

⁴⁵³ Así lo establece la propia DGRN cuando las partes configuran la obligación con carácter estrictamente personal. Véase la RDGRN de 5 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7654), cuyo Fundamento de Derecho Segundo dispone lo siguiente: *Si se tiene en cuenta: a) que en nuestro Registro de la Propiedad se inscriben, entre otros, los títulos por los que se transmite el dominio de un inmueble (vid. artículos 1 y 2.1 de la Ley Hipotecaria); b) que el contrato de permuta documentado en escritura pública (en la que expresamente se dispone el carácter real e inmediato de la transmisión del inmueble) produce la transmisión dominical del bien que una de las partes se obliga a entregar (vid. artículos 609, 1262 y 1538 del Código Civil); c) que no cabe en este caso poner en entredicho la validez del contrato de permuta calificado por posible indeterminación de la prestación de una de las partes (cfr. artículos 1261.1 y 1271 a 1275 del Código Civil), toda vez que la contraprestación asumida por el adquirente del solar se halla perfectamente definida en sus aspectos cualitativos, cuantitativo y temporal; deberá concluirse, pues que procede la inscripción de la transmisión del terreno. Por lo demás, es irrelevante decidir si, a efectos registrales, ese compromiso de entregar cosa futura asumido por el adquirente del solar satisface las exigencias del principio de especialidad [artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51 Reglamento Hipotecario toda vez que claramente se configura como una mera obligación personal —que ni siquiera se asegura con garantía real— y que, por tanto, queda excluida del Registro (vid. artículo 98 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de una breve referencia a la misma en el asiento que recoja la adquisición de solar, en tanto que contraprestación del negocio adquisitivo —permuta— que sí debe reflejarse en la inscripción (cfr. artículo 10 de la Ley Hipotecaria para el caso de compraventa).*

III. DOCTRINA PARTIDARIA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA POR OBRA FUTURA

La mayoría de la doctrina científica se inclina por sostener que el cedente del solar exclusivamente puede hacer valer frente al cesionario un derecho de crédito o personal, amparándose en los dos fundamentos expuestos en el apartado anterior: en primer lugar, en la imposibilidad de que pueda predicarse la existencia de un derecho real sobre la obra futura; en segundo lugar, en la necesidad de *traditio* o entrega de la cosa para que culmine el *iter* transmisivo y opere la adquisición del dominio conforme al sistema del título y el modo vigente en el ordenamiento jurídico español. Con ello se niega eficacia transmisiva inmediata a la escritura pública de permuta.

ROSA DÍAZ⁴⁵⁴ atribuye al cedente del solar un derecho de crédito para exigir «en su día» la entrega de la cosa, es decir, una vez que el piso o local se haya finalizado por el constructor y el objeto del contrato deje de ser futuro.

RICO MORALES⁴⁵⁵ incluye al contrato de cesión de suelo por vuelo dentro de las situaciones de prehorizontalidad, considerando que el supuesto normal es la permuta de una cosa presente, representada por el solar, por una cosa futura, los departamentos ya construidos. Desde su punto de vista, la transmisión del solar es actual mientras que sobre los elementos futuros se origina una obligación de entrega a cumplir por el cesionario, «o a lo más, un *ius ad rem*», rigiéndose, en todo caso, por el derecho de obligaciones.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA⁴⁵⁶ mantiene que no puede sostenerse que la escritura pública suponga la tradición instrumental en virtud del art. 1462.2 CC porque el supuesto tradente no tenía la posesión a título de dueño de la cosa, inmediata o mediatamente. Según afirma esta jurista, presupuesto para la adquisición del dominio es

⁴⁵⁴ ROSA DÍAZ, Pelayo de la: ob. cit., pág. 394.

⁴⁵⁵ RICO MORALES, Nicolás: “La prehorizontalidad”..., ob. cit., pág. 32.

⁴⁵⁶ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores: “Permuta de parcela...”, ob. cit., págs. 235 y 239.

la existencia de la cosa. Sin embargo, cuando la cosa no existe al perfeccionarse el contrato porque es futura, posible y determinada parece claro que la entrega no podrá realizarse hasta que cobre existencia.

ZURITA MARTÍN⁴⁵⁷ se opone a la transmisión a favor del aportante del solar de los pisos por construir en el momento de otorgarse la escritura pública de permuta. Según su opinión, el constructor-cesionario irá adquiriendo progresivamente la propiedad de lo edificado en virtud del principio de accesión mientras que el cedente no podrá adquirir la propiedad de los apartamentos hasta que la obra se termine y se le entreguen los mismos. Durante ese intervalo de tiempo, el anterior propietario del suelo sólo puede esgrimir un derecho de crédito frente al cesionario.

No obstante lo anterior, los autores que adoptan este criterio son conscientes de la situación de inseguridad⁴⁵⁸ en la que queda inmerso el cedente quien deberá articular medidas paliativas de su fragilidad para reforzar su precaria situación de partida en el contrato frente al cesionario. En efecto, los tratos preliminares y la predisposición de las partes para aceptar las garantías que el otro contratante pretenda introducir en la negociación con la finalidad de proteger su derecho serán de suma importancia para de un lado, dotar al contrato del mayor equilibrio posible y, de otro, establecer unas reglas que restablezcan el patrimonio del contratante *in bonis*, al menos en parte, ante una situación de incumplimiento.

MONET ANTÓN⁴⁵⁹ deja constancia de que los contratos con objeto futuro producen aquellos efectos jurídicos que sean compatibles con la «actual inexistencia de la cosa y en consideración a la futura existencia de esa cosa». Con esto, el citado tratadista justifica que los únicos efectos que se verificarán serán los efectos obligacionales toda vez que la actual inexistencia de la cosa impide que operen los

⁴⁵⁷ ZURITA MARTÍN, Isabel: “El contrato de aportación...”, ob. cit., págs. 41 y 42 y en “Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección”, en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. III, Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, pág. 1891.

⁴⁵⁸ Entre otros así lo señalan ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., págs. 39 y 40; NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 18 y SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., pág. 2215.

⁴⁵⁹ MONET ANTÓN, Fernando: ob. cit., pág. 10.

efectos reales, los cuales, quedarán en suspenso hasta que el objeto del contrato llegue a existir, lo que otorga a los efectos obligacionales un mero carácter provisional o transitorio hasta ese momento. El criterio expuesto por MONET ANTÓN será puesto de relieve nuevamente al abordar la teoría del *ius ad rem*.

NAVARRO CASTRO⁴⁶⁰ apela a la salvaguarda de la seguridad jurídica para defender la negativa a considerar que la escritura pública de permuta produce la transmisión de la propiedad de la futura edificación debido a la dificultad de establecer como momento en que opera dicha transmisión «algo tan indeterminado como su terminación». Considera este jurista que una vez ejecutada la obra será preciso llevar a cabo un acto de tradición posterior; ahora bien, admite que dicho acto pueda ejecutarse con total flexibilidad como consecuencia de que las formas de tradición que enumeran los arts. 1462 y ss. CC no son *numerus clausus* sino que es válida cualquiera según la cual la sociedad pueda deducir que la cosa objeto del contrato ya se encuentra en poder del adquirente. El corolario de la exposición de este autor es un prelude de la posterior STS (Sala 3^a), de 31 de enero de 2001, mencionada reiteradamente, en el sentido de que la finalidad práctica que se persigue con la concepción basada en dotar a la escritura pública de eficacia transmisiva está orientada a proteger al cedente del solar —la «transmisión actual» de la que hablaba el art. 13.1 RH y que se verá detenidamente— y esta finalidad «no debe conseguirse a través de una forma de entrega que parece imposible, al menos en el momento de efectuar ese acto de tradición, sino a través del establecimiento de las oportunas garantías en el momento de contratar»⁴⁶¹.

Evidentemente, adoptando un criterio purista a ultranza respecto a la aplicación de la teoría del título y el modo, y nada proclive a considerar la evolución que paulatinamente experimenta el tráfico jurídico, esta solución apriorísticamente parece la más congruente en su construcción si se descarta la posibilidad de que el Derecho evolucione y avance según las exigencias de la propia sociedad. Por tanto, como se

⁴⁶⁰ NAVARRO CASTRO, Miguel: “Comentario...”, ob. cit., págs. 1048 y 1049.

⁴⁶¹ Cotéjese la afirmación de NAVARRO CASTRO con el último párrafo del Fundamento Jurídico Duodécimo de la indicada resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal para comprobar la similitud del razonamiento: «La pretendida finalidad de proteger al cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el modo para la adquisición de la propiedad cuando, además, existen garantías reales para lograr la protección del cedente en los contratos de cesión de suelo por obra de carácter meramente obligacional, como lo demuestra el último apartado del artículo que comentamos, al prever la inscripción de la condición resolutoria u otra garantía real».

desprende de esta misma afirmación, se desvela un punto de partida irrenunciable para esta investigación en cuanto a la consideración de que el derecho que ostenta el cedente sobre la futura edificación es algo más que en mero derecho de crédito o personal. Este paso adelante habrá que ubicarlo en las teorías que se expondrán seguidamente.

IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES DE LA ESCRITURA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

La jurisprudencia de la Sala 1ª del TS y de las Salas de lo Civil de las AAPP es prácticamente unánime⁴⁶² en otorgar efectos jurídico-obligacionales al contrato objeto de la presente investigación, salvo las excepciones que serán puestas de manifiesto al hablar de la tesis favorable a la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta. Para esta línea jurisprudencial el aportante del solar exclusivamente goza de un derecho personal o de crédito para reclamar la futura edificación, consideración que cercena la prosperabilidad de un procedimiento de tercería de dominio frente a los acreedores del cesionario en el supuesto de que éstos hayan trabado embargo sobre los departamentos futuros o bien impide la estimación de una acción reivindicatoria si el constructor enajena a terceros las fincas futuras que ha comprometido con el cedente.

La invariabilidad del criterio sobre la materia mantenido por la Sala 1ª del TS⁴⁶³ sigue manteniéndose en la actualidad como puede observarse en resoluciones muy cercanas en el tiempo:

⁴⁶² SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., pág. 2214, califica a esta jurisprudencia como «sólida».

⁴⁶³ Se hacen constar las siguientes resoluciones: 14 de junio de 2007 (RJ 2007, 3515); 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 2393), 28 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2654); 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1681); 6 de febrero de 2002 (RJ 2002, 992); 26 de enero de 2001 ; 1 de diciembre de 2000; 3 de octubre de 1997 (RJ 1997, 6965); 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065); 13 de marzo de 1997; 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6725); 9 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2205); 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 5134); 26 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8490); 2 de febrero de 1991 (RJ 1991, 699) y 25 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7639).

La STS (Sala 1ª) de 14 de febrero de 2011⁴⁶⁴ resuelve un litigio relativo al incumplimiento verificado por la cesionaria de construir y entregar las viviendas pactadas en el plazo contractualmente establecido, dejando zanjado en el Fundamento de Derecho Tercero, que los inmuebles futuros únicamente podrán ser transmitidos una vez que cuenten con existencia material, ostentando el cedente hasta ese momento exclusivamente un derecho de crédito frente al constructor-cesionario para reclamarle el cumplimiento de los compromisos adquiridos:

El problema de interpretación que se plantea en este caso tiene relación con una cláusula, la tercera, común a dos contratos de permuta de solar por obra nueva, modalidad contractual admitida por esta Sala (SSTS de 13 de marzo y 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001 y 6 de febrero de 2002, todas ellas citadas en la de 26 de abril de 2007, RC n.º 2426/2000), como contrato mixto o complejo, distinto del contrato típico de permuta, caracterizado por el hecho de que, a diferencia del contrato de permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración, y pueden ser adquiridas por los permutantes, en éste la parte cedente del terreno solo ostenta un derecho personal o de crédito frente al adquirente del solar, que le faculta para exigir a éste último que cumpla el compromiso asumido de edificar, de modo que no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión para el cedente del suelo, como justa contraprestación, siendo después de su entrega —en escritura pública— cuando se produzca la adquisición del dominio.

A su vez, es muy explícita la STS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 2010⁴⁶⁵ por cuanto efectúa la distinción entre permuta de cosas presentes y la «permuta de suelo por edificio a construir», contrato este último cuyo objeto es cierto desde la suscripción del mismo y no precisará de acuerdo ulterior para su determinación, no obstante lo cual, la transmisión de la obra futura no se entenderá realizada hasta la finalización de la edificación porque la perfección del contrato no le concede efectos jurídico-reales y será preceptivo que conste el modo transmisivo. Lo antedicho puede apreciarse en el tenor literal del Fundamento Jurídico Tercero de la apuntada sentencia:

«A diferencia del contrato de permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración, y pueden ser adquiridas por los permutantes desde ese momento, en el de permuta de suelo por edificio a construir estamos ante un contrato cuyo objeto es cierto, en cuanto determinable sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes contratantes (SSTS de 31 de

⁴⁶⁴ RJ 2011, 2354.

⁴⁶⁵ RJ 2010, 8010.

diciembre de 1999, citada por la de 13 de abril de 2010, RC n.º 1069/2006, y de 20 de noviembre de 2009, RC n.º 1904/2005) pero que, independientemente de cómo acuerden las partes denominar a este negocio, lo que lo singulariza es que con él se pretende desvincular la cesión del solar a la entidad encargada de construir del derecho personal que ostenta el cedente del terreno sobre la edificación futura, de manera que mientras el dominio sobre el solar lo adquiere la parte cesionaria del mismo en el acto de la firma de la escritura pública (de permuta, cesión o venta de cosa futura), la propiedad sobre el edificio pendiente de construir o sus partes (pisos o locales concretos), cuya entrega conforma la contraprestación de la cesionaria del suelo, depende, primeramente, de que efectivamente esta última cumpla el compromiso asumido de edificar; y en segundo lugar, de que se haga entrega del mismo pues la mera perfección del contrato —título— no produce efectos traslativos del derecho real sino va seguido del modo o tradición».

El Alto Tribunal en su STS (Sala 1ª) de 26 de abril de 2007⁴⁶⁶, resuelve un procedimiento de tercería de dominio sobre la parte de la edificación que pertenecería a los cedentes en el edificio de ocho viviendas, un local y un local para aparcamiento en el plazo de un año a contar desde el otorgamiento de las escrituras públicas de permuta. Sin embargo, una sociedad acreedora de la mercantil cesionaria consiguió embargar las fincas que conformaban la edificación, viéndose obligados los cedentes a interponer la citada tercería de dominio. A pesar de ello, el TS no admite que con la escritura pública se verifique la tradición instrumental y atribuyendo a los anteriores dueños del suelo un mero derecho personal, como consta en el Fundamento de Derecho Tercero:

En este supuesto la parte recurrente se limita a interpretar de forma distinta a la efectuada por el tribunal de instancia los términos del contrato, para así solicitar la aplicación de los artículos que cita como infringidos, y en base a éstos, aducir la existencia de título y de modo —tradición instrumental—. Sin embargo, el negocio fue correctamente calificado como atípico, distinto al de permuta —acogiendo la doctrina de esta Sala, plasmada, entre otras, en las Sentencias de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997, 6965), 26 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2613) y 6 de junio de 2002 (RJ 2002, 992)—, y por ello bien desestimada la tercería, debiéndose rechazar la vulneración del art. 609 del C.C., en la medida que las demandantes, con la escritura de 19 de enero de 1994, no adquirieron ningún derecho dominical sobre un bien en concreto, sino sólo un derecho de crédito para exigir a la mercantil "Prosasol, SL", el cumplimiento de sus obligaciones, resultando esta entidad, en virtud de aquellas escrituras, la única propietaria de los inmuebles embargados, a que se contrae la tercería de dominio.

Para concluir este apartado resulta de especial interés la STS (Sala 1ª) de 12 de noviembre de 1992⁴⁶⁷ en la que incluso el Alto Tribunal califica el derecho que

⁴⁶⁶ RJ 2007, 2393.

⁴⁶⁷ RJ 1992, 9582.

transmite un cedente a otro para ocupar su lugar cuando todavía se está ejecutando la obra como de «cesión de crédito».

Idéntica línea al TS ha seguido la jurisprudencia menor, citando como expresivas del antedicho criterio las siguientes resoluciones:

En primer lugar, la SAP de Badajoz (Sección 3ª Civil), de 10 de noviembre de 2010⁴⁶⁸, en la que se niega el carácter transmisivo a la escritura pública de permuta por obra futura:

La jurisprudencia mayoritaria se decanta por atribuir a la obligación que asume el cesionario en el contrato de permuta de terreno por volumen de edificación futura, naturaleza exclusivamente personal —no real— y carente por tanto de eficacia traslativa del dominio hasta que la edificación se lleve a cabo y se produzca la "traditio" o entrega efectiva del volumen de construcción comprometido. Así la sentencia del Alto Tribunal de 14 de junio de 2007, a propósito de una tercería de dominio, establece que "un contrato como el presente, de permuta de suelo para construir, a cambio de superficie edificada (piso o locales), presenta la característica de ser generador de la obligación de entrega de una cosa futura, por lo que ya se consideró en la sentencia de esta Sala, de 15 de junio de 1992 que "al versar sobre una cosa speratae, aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o "traditio". Se origina, en definitiva, un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra futura, la parte de superficie construida que se pacta de la obra a realizar, de tal manera que el otorgamiento de la escritura de permuta o aportación del suelo edificable implica su entrega, pero sin que pueda operar la tradición ficta del artículo 1462 del Código Civil, en relación con las futuras viviendas o locales, por ser bienes que no existen en ese momento.

En el mismo sentido la SAP de Madrid (Sección 19ª Civil), de 29 de abril de 2010⁴⁶⁹, cuyo Fundamento de Derecho Tercero se expresa de esta forma:

Partiendo de lo precedente es de señalar como no se cuestiona por las partes, que se está en presencia de un negocio jurídico de entrega de solar a cambio de obra futura, reconocido desde hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia dada su habitualidad, en el que la parte contratante que entrega la parcela, generalmente en una posición más débil frente a los eventuales incumplimientos del constructor, integrando un negocio jurídico oneroso, en el que la edificación de la parcela era causa negocial como contraprestación a la entrega del solar, por lo que la entrega de la contraprestación, consistente en la entrega de dos pisos y dos cuartos trasteros, no puede tener lugar hasta que efectivamente la

⁴⁶⁸ JUR 2011, 35415.

⁴⁶⁹ JUR 2010, 324153.

adquirente del solar cumpla con el compromiso asumido de edificar; de este modo, a diferencia del contrato de permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración, y pueden ser adquiridas por los permutantes, en esta modalidad contractual, admitida por la jurisprudencia, entre otras muchas en Sentencias de 13 de marzo y 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001 y 6 de febrero de 2002, no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión a las demandantes, cedentes del suelo, como justa contraprestación, siendo después de su entrega cuando se produzca la adquisición del dominio.

Las mismas conclusiones aplica la jurisprudencia en el ámbito concerniente al contrato objeto del presente trabajo que a la compraventa de inmuebles sobre plano en cuanto a la transmisión de la propiedad de los futuros departamentos.

En el marco del contrato de compraventa antes citado, una prueba elocuente de la línea mantenida por el TS puede verse en la sentencia (Sala 1ª) de 17 de noviembre de 1988⁴⁷⁰, en la que se resuelve el siguiente supuesto de hecho: el comprador de una vivienda en construcción interpuso demanda contra los iniciales propietarios del solar, quienes habían transmitido al constructor el mismo por título de permuta a cambio de unos locales de nueva construcción. La demanda pretendía la condena de los primeros dueños del suelo al otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas de división horizontal y de la vivienda pactada como contraprestación en la situación en la que se encontrase —previa valoración por un arquitecto de las obras que restasen— a fin de que se llevara a cabo la entrega y transmisión de la propiedad a su favor de la vivienda letra D del edificio situado la localidad de San Juan (Alicante), calle Alcázar de Toledo, nº 50. Junto a lo anterior, se interesaba la condena al constructor a satisfacer el importe de las obras no ejecutadas más el de las deficiencias existentes.

Con respecto al objeto de la presente tesis cabe destacar que el Fundamento Jurídico Tercero de esta resolución resolvía concediendo al comprador un derecho de crédito a resultas de un incumplimiento contractual ejercitable *ex art.* 1124 CC:

[...] b) Al no ser propietarios los señores I. y J. más que del suelo o solar, no del vuelo o edificio, difícilmente puede exigirseles la entrega material de la vivienda ubicada en el edificio, aunque ésta jurídicamente contenga una cuota de participación en el solar, y la escrituración de tal transmisión como reflejo de la

⁴⁷⁰ RJ 1988, 8603.

«*traditio ficta*» que entraña, como tampoco la escrituración de la previa declaración de obra nueva y división horizontal, dado que no ha intervenido como promotor, constructor o arrendatario de la obra definitiva de la existencia del piso-vivienda objeto del presente litigio; c) No es ocioso constatar que, en virtud de la permuta del solar por los futuros locales, según el compromiso entre las partes demandadas firmado el 14 de enero de 1981, dado el carácter consensual que le cualifica (art. 1538 del Código Civil), según el cual sólo engendra la obligación de transmitir la propiedad, pero que ésta requiere para su adquisición la tradición (art. 1462 del mismo Cuerpo legal), pues en definitiva es la integración de una doble venta simplificada que precisa en justa equivalencia de los derechos recíprocos de los permutantes, que esa entrega sea mutua y consecuentemente en el mismo tiempo, si no se estipula lo contrario (art. 1255 del Código Civil).

V. TEORÍA DE LA EFICACIA TRANSMISIVA DIFERIDA DE LA PROPIEDAD MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA

V.1. Introducción

Dentro de la tesis negatoria de los efectos jurídico transmisivos inmediatos de la escritura pública de permuta de solar por obra futura, la cual mantiene que el cedente del solar posee estrictamente un derecho de crédito frente al constructor-cesionario⁴⁷¹, existe un sector doctrinal que, bajo idéntica premisa, defiende la innecesariedad de que, una vez otorgada la escritura pública, se efectúe un posterior acto de entrega una vez que los pisos o locales que configuran la contraprestación del cesionario cobren existencia⁴⁷². Se trataría del establecimiento voluntario por los

⁴⁷¹ ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 662, señala que esta concepción es una derivación de la que mantiene que el cedente goza únicamente de un derecho personal hasta que se le entregan materialmente los objetos futuros pero reseñando que es algo más protectora para el inicial propietario del suelo. RUBIO GARRIDO, Tomás: *Contrato de compraventa...*, ob. cit., pág. 144, en sede de compraventa, considera que los contratos con efectos transmisivos diferidos son perfectamente eficaces.

⁴⁷² MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los: “Acceso diferido a la propiedad de la vivienda”, en *RCDI*, nº 473, julio-agosto 1969, págs. 963 a 983, analiza en profundidad los arts. 132 a 137 del Reglamento de Viviendas de protección oficial, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1968. Si bien no es paragonable de modo absoluto con la transmisión diferida por escritura pública de objetos futuros, sí puede servir de antecedente. Mediante este contrato de acceso diferido a la vivienda, se transmitía al cesionario la posesión de la vivienda de protección oficial, conservando el cedente su dominio hasta la satisfacción íntegra de las cantidades pactadas, otorgándose en ese momento la escritura pública de compraventa, transmitiéndose el dominio al cesionario. No obstante, el apuntado jurista se cuestiona el por qué del segundo contrato de compraventa a la vista de la clara finalidad del primer contrato al denominarse: «de acceso diferido a la propiedad». A los efectos que interesan al presente trabajo, el antedicho autor concluye que lo más importante de dicho contrato de acceso diferido a la propiedad es su «finalidad última (pues los efectos jurídicos de un acto deben medirse de mayor a menor), es decir, su finalidad traslativa». A su vez, viene a entender que las partes podrían configurar este negocio «como de *naturaleza real*, añadiendo al efecto inmediato, algo más que el simple traspaso de la posesión, ya que, dados los efectos diferidos, esta *traditio* carecería del *animus* suficiente (*animus = causa traditionis*, en el presente caso). Este algo más que la simple posesión y que habría de intervenir *ad colorandum possessionem*, podría ser un pacto de *opción de compra especial*, y un *pacto añadido de comunidad*, para facilitar la constitución de la comunidad de casas por pisos, cuestión que, por otra parte, no tendría problema».

contratantes de que la entrega de los inmuebles futuros opere sometida a la condición de que los mismos alcancen existencia física⁴⁷³.

En la práctica negocial cotidiana, el modo transmisivo se representa documentalmente mediante el otorgamiento de un acta notarial de entrega, acto que sirve para consolidar la propiedad en el *accipiens* al concluir con la misma el proceso de adquisición de la propiedad. La teoría de la transmisión diferida postula obviar este segundo paso, concediendo suma importancia a los acuerdos en materia transmisiva alcanzados por los contratantes.

V.2. Fundamentos jurídicos de la teoría de la transmisión diferida de la propiedad mediante escritura pública

Se advierte en esta posición que, con fundamento en la autonomía de la voluntad, las partes modulan a su criterio y según sus intereses, el momento efectivo en que ha de producirse la adquisición de la propiedad, acordando su aplazamiento hasta un momento siempre posterior a la firma de la escritura pública. De esta forma, la transmisión del dominio opera automáticamente una vez finalizada la construcción, obviándose que haya de efectuarse un acto formal de entrega para completar el *iter* transmisivo.

Los partidarios de esta teoría sustentan positivamente su criterio también en el art. 1462.2 *in fine* CC. Según su interpretación, del tenor literal del citado precepto no se deduce taxativamente que, con exclusividad, existan sólo dos vertientes diametralmente opuestas respecto al momento en que se materializa la tradición, esto es, que la *traditio* opere automáticamente al otorgarse la escritura pública o, por el contrario, que ya no pueda efectuarse hasta que los bienes futuros existan materialmente y se otorgue el acta notarial de entrega que hace las veces de modo transmisivo.

⁴⁷³ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 218.

V.3. Doctrina partidaria de la teoría de la transmisión diferida de la propiedad mediante escritura pública

En primer lugar, hay que atender a las consideraciones efectuadas por LUCAS FERNÁNDEZ⁴⁷⁴. Este jurista considera imperativo para adquirir el dominio contar con la premisa de que el *tradens* dispone de la posesión real y efectiva de la cosa y no concibe el recurso a la transmisión instrumental al amparo del art. 1462.2 CC en materia de cosas futuras. Sin embargo, no encuentra obstáculo en plasmar en la escritura pública de permuta que la cosa futura se entenderá entregada y, por ende, transmitida su propiedad, por la mera constancia de la terminación de la obra mediante certificación del arquitecto en este sentido, atribuyendo a este documento carácter complementario de la escritura pública. Su apoyo sustantivo lo centra en la aplicación analógica del art. 1462.2 CC a la permuta, siempre y cuando el cesionario se encuentre en posesión de la cosa, difiriéndose la entrega al momento del nacimiento de la misma, esto es, de la finalización de la construcción del piso o local.

Por su parte, MERINO HERNÁNDEZ⁴⁷⁵, recogiendo las consideraciones de LUCAS FERNÁNDEZ, defiende que en el sistema de adquisición del dominio instaurado en el ordenamiento jurídico español no parece que «el simple evento de venir a la realidad existencial la cosa futura determine por sí sólo la transmisión del dominio de la misma a favor del permutante», defendiendo la necesidad de que medie efectiva *traditio* de la cosa futura para la adquisición de la propiedad de la misma. En este sentido, cuando las partes suscriben su contrato mediante escritura pública se cuestiona si ese instrumento público sirve «ya» como tradición instrumental o se puede diferir la misma a un momento posterior al otorgamiento de la citada escritura. Así las cosas, basándose igualmente en el art. 1462.2 CC entiende que puede deducirse la posibilidad de postergar el momento transmisivo. La expresión en el indicado precepto del hecho de que la escritura servirá normalmente de tradición de la cosa, salvo que *de la misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario*, no es expresión radical de que sólo puedan darse dos posibilidades: que la tradición se produzca en el momento de otorgarse la escritura o que ya no se produzca mediante la misma. De hecho,

⁴⁷⁴ LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: “La contratación sobre edificio futuro...”, ob. cit., pág. 306.

⁴⁷⁵ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: ob. cit., págs. 355 a 357.

perfectamente puede entenderse que las partes hayan pactado un «aplazamiento del desplazamiento de la propiedad para un momento posterior, para cuando ocurra un determinado evento previsto». Por consiguiente, para el autor es factible esta posibilidad a modo de establecimiento en la escritura pública de una condición o término para que la tradición instrumental surta efecto.

En este caso, podría servir de refuerzo a la tesis expuesta la argumentación en materia de compraventa efectuada por ROGEL VIDE⁴⁷⁶, bajo la consideración de que la idea de *traditio* es equívoca y se emplea en el Derecho moderno en sentido amplio para designar todo mecanismo de adquisición derivativa del dominio y de los derechos reales, entendiendo que cuando la cosa futura ya sea presente quedarán sanados todos los obstáculos del art. 1462.2 CC.

La reflexión más plegada a la realidad del tráfico jurídico-mercantil sobre la posibilidad de diferir el concreto momento en el que se produzca la transmisión de la propiedad se encuentra en GARCÍA GARCÍA⁴⁷⁷, ya que no se debe despreciar la posibilidad de que, por cualesquiera motivos internos, las partes acuerden que la transmisión de la propiedad se haga diferida y en el concreto punto del *iter* constructivo que se pacte. En este sentido, dada la multidiversidad de situaciones que se presentan en la práctica negocial, pueden surgir coyunturas económicas en las que el cedente asuma el riesgo de la desprotección en la que queda hasta que el constructor le hace entrega de la contraprestación por ser de su interés el no figurar como propietario *ab initio* de la edificación pactada. Los supuestos son inagotables incluido el invertir papeles ante la posibilidad de embargos de terceros pues si la inscripción de la edificación pactada a nombre del constructor atribuye eficacia *erga omnes* y puede ser objeto de embargo por acreedores del mismo, de la misma manera, la inscripción a nombre del cedente de la contraprestación que le entregará el cesionario, podría ser objeto de embargo por

⁴⁷⁶ ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa...*, ob. cit., págs. 306 y 307.

⁴⁷⁷ GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “Permuta de solar por piso futuro. Posibilidades de inscripción de los pisos en construcción (Resolución de 16 de mayo de 1996. BOE de 12 de junio de 1996)”, en *RCDI*, mayo-junio 1997, pág. 1136, contempla como ejemplos el hecho de que el cedente tenga sus dudas sobre la buena *praxis* del constructor y prefiera que la transmisión de la propiedad se produzca cuando haya otorgado el visto bueno a la edificación ya terminada; la situación en la que el propietario del suelo no quiera convertirse inicialmente en copropietario para no asumir riesgos inherentes a la fase intermedia del período edificatorio o por no contribuir en origen a los gastos comunes que su cuota en la propiedad horizontal le atribuya así como dejarse conscientemente la puerta abierta a cambiar la parte de edificación asignada antes de la entrega definitiva.

méritos de la publicidad registral si éste mantiene deudas con terceros, pudiendo tomar la decisión de esperar a solucionar su eventual insolvencia antes de que se practique el asiento correspondiente.

La STS (Sala 1ª) de 21 de julio de 1997⁴⁷⁸ resuelve un conflicto existente acerca de la calificación del contrato privado suscrito entre las partes y todas las consecuencias anudadas a la solicitud de nulidad del mismo, señalando que el contrato privado suscrito sólo genera un derecho de crédito admitiendo que de haberse formalizado en escritura pública podría haber dado lugar a la *traditio ficta* aunque diferida al momento de finalización de los pisos que se acuerden como contraprestación.

Los hechos a los que se ciñe la controversia son los siguientes: Los actores, D. Ricardo y D. Vicente, actuando tanto en su propio nombre como en el de la comunidad hereditaria que conforman junto con su hermana Dª. Josefa, formulan demanda contra el Banco M., el Ayuntamiento de Murcia y frente a D. José y su esposa Dª. María, con la pretensión de que se declare que el contrato privado suscrito el día 12 de junio de 1979 era de permuta y no de compraventa; que se declare la nulidad del título de compraventa, rectificándose los asientos del Registro de la Propiedad y, por último, que se declare la nulidad de las anotaciones preventivas de embargo existentes a favor de la Recaudación del Ayuntamiento de Murcia y del Banco M., como consecuencia de no proceder tales embargos de deudas generadas por los actores.

El contrato privado anteriormente aludido fue firmado por «Familia G.» y D. José, elevándose a escritura pública de compraventa en 1981. Mediante dicho negocio jurídico la indicada familia transmitía a este último una casa sita en Murcia, con aproximadamente 183 m² de planta y, en contraprestación, D. José entregaría a éstos, libre de cargas, ocupantes y dentro del edificio a levantar, cuatro pisos de 90 a 95 m² construidos.

⁴⁷⁸ RJ 1997, 219.

A su vez, en la cláusula 8ª del contrato privado se pactó que los transmitentes se obligaban a otorgar escritura pública de compraventa a requerimiento de D. José, una vez que la estructura del edificio alcanzara la cuarta planta. El Alto Tribunal se centra en la referida estipulación para sostener que en la misma se encuentra el pacto simulatorio querido por las partes, si bien reconociendo que el mismo es frecuente en esta clase de contratos y dirigido a eludir, por razones de diversa índole, la elevación a escritura pública del contrato de permuta concertado. Por consiguiente, el TS declara que el negocio jurídico es de permuta, que el contrato de compraventa elevado a escritura pública en 1981 es nulo por simulación y obliga a rectificar los asientos del Registro de la Propiedad en el sentido de que se haga constar que la transmisión se efectuó por permuta. Sin embargo, no atiende la petición de los actores-recurrentes en el sentido de que se rectificaran los asientos relativos a dos de los pisos ubicados en el edificio construido, además de la nulidad o la cancelación de sus asientos. El motivo que esgrime el Alto Tribunal es el hecho de que tales fincas acceden a los asientos registrales en virtud del art. 8.4 LH y, por ende, es correcta la inscripción de las mismas a nombre de D. José como propietario único del inmueble y constituyente del régimen de propiedad horizontal. El TS argumenta que los recurrentes únicamente ostentan un derecho de crédito en virtud del contrato privado suscrito en 1979 a diferencia de lo que hubiera ocurrido si se hubiera formalizado en escritura pública, entendiéndose que hubiera podido dar lugar a la transmisión instrumental de los inmuebles, «diferida» a la conclusión de los mismos. Así queda palmariamente recogido en el Fundamento Jurídico Cuarto:

Dichas inscripciones traen causa de la inscripción 1ª de la finca 11.740, y como se hace constar en ellas "don José casado con Dª María, dueño del edificio matriz por agrupación y obra nueva, según la citada inscripción 1ª, lo divide horizontalmente en fincas independientes e inscribo a su favor la de este número, para su sociedad conyugal"; siendo esto así no procede rectificación alguna de los citados asientos como tampoco procedería, caso de hacerse interesado en la demanda, lo que no se hizo, rectificación de la 1ª inscripción del edificio construido por don José puesto que éste adquirió el dominio del solar en virtud del contrato de 12 de junio de 1979 y subsiguiente tradición real del inmueble, construyó el edificio objeto de la escritura de declaración de obra nueva a sus expensas y, por ello, es correcta la inscripción hecha a su favor de la finca número 11.740 y las de los dos pisos que formaban parte de la construcción sometida al régimen de propiedad horizontal, de acuerdo con el artículo 8-4º, párrafos primero y cuarto, de la Ley Hipotecaria, ya que, a tenor de ese párrafo cuarto, "la inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales", titularidad dominical que no ostentaban los actores ni sus causantes sobre los pisos 1º A y 3º A en el momento de constituirse el régimen de propiedad horizontal puesto que el contrato de 12 de junio de 1979 no creaba derechos reales sobre dichos pisos a favor de los aportantes del solar sino sólo un derecho de crédito por haber sido

documentado en forma privada y no en escritura pública que pudiera dar lugar a una "traditio ficta" aunque diferida al momento de la terminación de los pisos. La discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral respecto de esos pisos no proviene de falsedad, nulidad o defecto del título, a que se refiere el artículo 40 d) de la Ley Hipotecaria, que, por tanto, no es aplicable, sino de una falta de acceso al Registro del negocio jurídico transmisivo del dominio a favor de los actores o de su causante.

V.4. Doctrina crítica con la teoría de la transmisión diferida de la propiedad mediante escritura pública

La línea crítica más tajante con la teoría de la admisión de la eficacia transmisiva diferida de la escritura pública de permuta de solar por obra futura se encuentra en ÁLVAREZ MORENO⁴⁷⁹. Para esta tratadista, defensora de la teoría de los efectos jurídico-obligacionales *stricto sensu*, es irrelevante que en el instrumento público se detallen los pisos o parte de la edificación que se hallan convenido con el cedente como consecuencia de que no cabe sostener que un derecho real recaiga sobre un bien inexistente.

Otras críticas a esta teoría se centran en la inseguridad jurídica que provoca carecer de certeza exacta respecto al momento en que el objeto futuro cobra existencia, ya que podría entenderse como tal, bien la expedición del certificado final de obra emitido por la dirección facultativa de la obra, bien la licencia de primera ocupación o bien cualquier otro documento análogo.

NAVARRO CASTRO⁴⁸⁰, además de recurrir al citado argumento de la inseguridad jurídica, mantiene que no puede hablarse en los casos de transmisión diferida de la propiedad de equivalencia entre escritura pública y entrega. Admite que la referida equivalencia no es una presunción e incluso que la misma podría operar aunque el *tradens* no fuera poseedor, si bien únicamente en cuanto a la forma de cumplir con el

⁴⁷⁹ ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa y Germán ORÓN MORATAL: “El contrato de permuta”, en *Contratos*, Director: Mariano Izquierdo Tolsada, Tomo II, *Contratos de finalidad traslativa (II)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 301 y 302.

⁴⁸⁰ NAVARRO CASTRO, Miguel: “Comentario...”, ob. cit., págs. 1048 y 1049. ZURITA MARTÍN, Isabel: “Protección jurídica del aportante...”, ob. cit., pág. 1894, se refiere también a la inseguridad mencionando precisamente la posición de NAVARRO CASTRO y concluyendo que ante el grado de inseguridad que se genera en estas situaciones, el signo exterior de reconocibilidad de cada elemento futuro que permita entender transmitida la propiedad debe pasar, por su existencia jurídica en el Registro de la Propiedad e inscripción a nombre del aportante o bien por su constancia en un acta notarial o por hechos tales como la entrega de llaves o el certificado final de obra.

requisito del art. 609 CC y no en cuanto a la forma de transmitir la posesión. Sin embargo —matiza— no existe base legal alguna en la que puedan ampararse los defensores de esta tesis porque la equivalencia escritura pública-entrega no puede llevarse hasta el extremo de considerarla también de aplicación a los supuestos de cosas inexistentes, como así cabe calificar a los pisos por construir. Y así, sentencia este autor: «si consideramos aplicable el artículo 1462.2, el otorgamiento de escritura pública equivaldría a una entrega ¿de qué? El piso todavía no es una realidad».

ZURITA MARTÍN⁴⁸¹ es partidaria de que el certificado final de obra cumpla la función de signo exterior de reconocibilidad que se precisa para que se entienda transmitido el dominio. Ahora bien, aunque así se acuerde, no queda desvirtuado el carácter meramente crediticio del derecho del aportante hasta tanto no tenga lugar la certificación final de obra, cuya única función es adelantar algún tiempo la transferencia del dominio, considerando, con todo, más adecuado acudir al acta notarial de entrega.

Por su parte, PLANA ARNALDOS pone de relieve la necesidad de determinar el momento a partir del cual ha de entenderse finalizada la obra, argumentando que este hecho no plantea graves dificultades en la práctica por la cantidad de hitos y requisitos técnicos que existen en la actividad constructiva. De hecho, la participación continua de diferentes técnicos en las obras de construcción debe determinar que el momento efectivo de finalización de la edificación quede sujeto a dictamen técnico, concluyendo como razonable atender al certificado final de obra⁴⁸².

De entenderse factible el recurso a esta teoría, a juicio de la presente investigación, no debiera suscitarse problema alguno de inseguridad jurídica ya que en el concreto ámbito de la construcción inmobiliaria existen diferentes hitos que pueden considerarse óptimos para entender finalizada la edificación. En este punto podría afirmarse que lo más acertado sería atender al certificado final de obra por constar en el mismo la verificación técnica de arquitecto superior y arquitecto técnico de que la obra

⁴⁸¹ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Protección jurídica del aportante...”, ob. cit., pág. 1892.

⁴⁸² PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 126.

se ha finalizado conforme al proyecto edificatorio que sirvió de base para obtener la licencia de obras.

Sin embargo, no es descartable atender al acta de recepción de la obra ya que este documento, que verifica la entrega por parte del contratista de la obra concluida al propietario y la aceptación de la misma por este último, tiene la nuclear importancia de servir de *dies a quo* para el cómputo de los plazos de garantía establecidos en el art. 17.1 LOE⁴⁸³. En la práctica, no suele existir simultaneidad de fechas entre el día en el que se suscribe el certificado final de obra y el acta de recepción, apreciándose normalmente un desfase entre ambos que puede llegar a ser incluso de meses de diferencia.

También podría tenerse en cuenta la licencia de primera ocupación ya que los Tribunales⁴⁸⁴ se decantan por el otorgamiento de la citada licencia para que se puedan escriturar los pisos a nombre de los compradores de viviendas futuras aunque no dependa del promotor en cuestión la fecha exacta en que el Ayuntamiento correspondiente notifique el acto administrativo.

LÓPEZ FRÍAS⁴⁸⁵ se refiere a esta corriente doctrinal admitiendo que los contratantes pueden aplazar la transmisión de la propiedad hasta un momento posterior al otorgamiento de la escritura pública e incluso posterior a la finalización y entrega de

⁴⁸³ Antes de la entrada en vigor de la LOE el acta de recepción servía igualmente para determinar el inicio de la garantía decenal del art. 1591 CC. Véase al respecto SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: ob. cit., págs. 61 y ss. y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “La recepción de la obra”, en *ADC*, 1978, págs. 312 a 314. Asimismo, este último autor, en su trabajo “La responsabilidad civil por vicios en la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *ADC*, 2000, fascículo II, págs. 472 y 473, deja patente que la referencia al acta de recepción como hito inicial del cómputo de los plazos de garantía por vicios constructivos proviene del hecho de refrendar la misma que la construcción se entiende acabada en sentido jurídico por ser el momento en el que es aprobada y recibida definitivamente por el comitente. El mismo cometido se atribuyó al acta de recepción en el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 (art. 14.3), en el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994 (art. 51), en el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995 (art. 12.4), en el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 (art. 19) y en el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999 (art. 17.1).

⁴⁸⁴ Esta jurisprudencia determina la posibilidad de indemnizaciones por retraso a costa del promotor. Debido al hecho de que quien construye para vender no puede desconocer esta obligación, a él incumbe cumplir el deber administrativo ajeno en principio a la parte compradora de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto. Es el caso de dos sentencias de 6 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3084 y RJ 2013, 3150), 11 de marzo de 2013 (JUR 2013,99429), 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4594), tres resoluciones de 10 de junio de 2013 (RJ 2013, 3944; RJ 2013, 4371 y RJ 2013, 4624) y 4 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5875).

⁴⁸⁵ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 58 y 59.

los pisos. No obstante, la posibilidad de pacto *inter partes* respecto al momento en que se produce la tradición, se correspondería en el caso examinado con una reserva de dominio⁴⁸⁶ de la edificación futura a favor del constructor, extremo que carecería de sentido al ser la reserva de dominio una garantía de cumplimiento de una obligación, lo que en este caso queda vacío de contenido al haber cumplido el cedente íntegramente su contraprestación con la transmisión de la propiedad del solar al cesionario.

Según PLANA ARNALDOS⁴⁸⁷, esta concepción concuerda muy bien con las teorías doctrinales que consideran la naturaleza jurídica de los negocios jurídicos con objeto futuro como sujetos a condición. Este mismo hilo conductor es seguido por BERCOVITZ ÁLVAREZ⁴⁸⁸ quien entiende que esta corriente tiene escasa base legal a no ser que se entienda que existe una «condición tácita» del negocio transmisivo que consistiría en la terminación de la obra.

Otra crítica que surge de la aplicación de esta teoría proviene de la nula protección *erga omnes* que se deriva del recurso a la misma. La articulación por las partes en la escritura de permuta de la transmisión diferida de la edificación futura sigue contando con el obstáculo de no tener efectos retroactivos en relación con los procedimientos de tercería de dominio a interponer por el cedente, debido a que se mantiene completamente desprotegido frente a los actos dispositivos del cesionario⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Como pacto de reserva de dominio ha estimado el TS el contrato de acceso diferido a la vivienda establecido en el anteriormente mencionado Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial. Véase la STS (Sala 1ª) de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1794) y la SAP de Barcelona (Sección 11ª Civil), de 30 de enero de 2003 (JUR 2003, 140835).

⁴⁸⁷ PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 125.

⁴⁸⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., págs. 170 y 171. Este jurista enlaza a través de esta teoría con uno de los aspectos sustanciales del presente trabajo considerando que desde la perspectiva registral ha habido una aproximación a esta tesis debido a la «existencia registral» de tales derechos aludiendo al art. 208 LH, precepto que permite la inscripción de la construcción de edificios mediante su descripción y al art. 8.4 LH respecto a los edificios en propiedad horizontal cuya construcción esté comenzada, derivándose de la inscripción registral la tutela *erga omnes*.

⁴⁸⁹ Así lo ponen de manifiesto ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 663, PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar...”, ob. cit., pág. 2098 y CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario a la Resolución...”, ob. cit. pág. 66.

CAPÍTULO XI

LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. POSICIÓN DE LA DGRN ANTERIOR A LA RESOLUCIÓN DE 16 DE MAYO DE 1996
- III. NEXO DE UNIÓN ENTRE DOS CONCEPCIONES ANTAGÓNICAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA
- IV. EXAMEN DE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996.- IV.1. Consideraciones previas.- IV.2. Hechos y Fundamentos de Derecho de la RDGRN de 16 de mayo de 1996.- IV.2.1. Hechos que dan lugar al recurso gubernativo.- IV.2.2. Argumentos incluidos en el recurso gubernativo.- IV.2.3. Argumentos de la registradora de la propiedad en defensa de su nota de calificación.- IV.2.4. Fundamentos jurídicos de la Resolución
- V. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA TESIS DE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996
- VI. DOCTRINA CRÍTICA CON LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996
- VII. REFLEXIONES SOBRE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996
- VIII. RRDGRN CON IDÉNTICO CRITERIO QUE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996.- VIII.1. RDGRN de 5 de enero de 1999.- VIII.2. RDGRN de 13 de julio de 2005.- VIII.3. RDGRN de 7 de mayo de 2009.- VIII.4. RDGRN de 30 de septiembre de 2013

I. INTRODUCCIÓN

La RDGRN de 16 de mayo de 1996⁴⁹⁰ supone el primer punto de inflexión de notoria relevancia en el estudio de la transmisión de la propiedad en los contratos de permuta de solar a cambio de edificación futura, motivo por el que merece especial atención en el presente estudio. La importancia de la Resolución que a continuación se analiza alcanza mayores cotas al trascender posteriormente a un texto normativo articulado como reflejo fiel de sus postulados: el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que modifican determinados arts. del RH. Este RD reformaba, entre otros muchos

⁴⁹⁰ BOE del 12 de junio de 1996 (RJ 1996, 3950).

preceptos, el art. 13 RH —posteriormente anulado de manera parcial por la Sala 3ª del TS en sentencia de 31 de enero de 2001—, en el que se recogían literalmente los fundamentos y novedades más significativas de la referida Resolución⁴⁹¹ admitiendo una permuta con efectos jurídico-reales como plasmación del supuesto de hecho que vino a resolver la RDGRN de 16 de mayo de 1996.

La aparición de esta Resolución generó un hondo debate respecto a la admisión de la escritura pública con efectos jurídico-reales y que resulta imperativo poner de relieve. Con la finalidad precisamente de contar con todos los elementos de juicio necesarios para un pronunciamiento riguroso sobre el verdadero significado de la misma, se profundizará en el camino previo seguido hasta llegar al fallo contenido en la propia RDGRN, con detenimiento en cada una de sus fases.

En último lugar, se procederá a dejar constancia de las RRDGRN dictadas en fecha posterior y que mantienen idéntico criterio a la de 16 de mayo de 1996. Este conjunto de decisiones del Centro Directivo entran en directa confrontación con la doctrina reiterada y casi unánime de la Sala 1ª del TS, a excepción de aquellas resoluciones que se reflejarán al tratar la teoría que admite la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta por obra futura. En efecto, en una línea prácticamente invariable, el Alto Tribunal es partidario de conceder exclusivamente efectos jurídico-obligacionales a la escritura pública en la que se formaliza el negocio de cambio de solar por futura edificación, lo que se traduce en que el cedente del solar ostenta únicamente un derecho de crédito o personal para reclamar los departamentos futuros convenidos, según lo expuesto en el capítulo anterior.

II. POSICIÓN DE LA DGRN ANTERIOR A LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996

⁴⁹¹ Así lo señala LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: “El derecho del cedente de solar a cambio de obra futura”, en *RCDI*, nº 688, marzo-abril 2005, pág. 704, al mencionar el evidente «paralelismo» entre la RDGRN y el posterior art. 13 RH, tras la reforma operada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, especialmente en cuanto a la «comunidad especial» que se genera con carácter previo a la finalización de la edificación.

Hasta llegar a la Resolución que ocupa este capítulo, el Centro Directivo había mantenido un criterio coincidente con la jurisprudencia prácticamente unánime de la Sala 1ª del TS en cuanto a la transmisión de la propiedad en los contratos con objeto futuro, defensora de la aplicación más tradicional de la teoría del título y el modo y de la permuta con efectos jurídico-obligaciones exclusivamente, negando todo valor transmisivo a la escritura pública mediante la cual las partes formalizaran su operación inmobiliaria.

Un ejemplo paradigmático en relación al contrato objeto de estudio puede contemplarse en la RDGRN de 5 de octubre de 1994⁴⁹², cuyo Fundamento de Derecho Segundo constata el derecho de propiedad del adquirente del solar frente a la «mera obligación personal» que ostenta el cedente sobre la futura edificación, incluso aunque la misma esté perfectamente delimitada, dando cumplimiento a los requisitos del principio registral de especialidad. A lo sumo, el inicial propietario del suelo verá proyectado su derecho en el Registro de la Propiedad sin eficacia real alguna, en los términos que dispone el art. 10 LH:

SEGUNDO.- [...] Por lo demás, es irrelevante decidir si, a efectos registrales, ese compromiso de entregar cosa futura asumido por el adquirente del solar satisface las exigencias del principio de especialidad [artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51 Reglamento Hipotecario toda vez que claramente se configura como una mera obligación personal —que ni siquiera se asegura con garantía real— y que, por tanto, queda excluida del Registro (vid. artículo 98 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de una breve referencia a la misma en el asiento que recoja la adquisición de solar, en tanto que contraprestación del negocio adquisitivo —permuta— que sí debe reflejarse en la inscripción (cfr. artículo 10 de la Ley Hipotecaria para el caso de compraventa).

III. NEXO DE UNIÓN ENTRE DOS CONCEPCIONES ANTAGÓNICAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA FUTURA

La RDGRN de 16 de mayo de 1996, pese a no tener carta de naturaleza legal, supone una toma de posición de calidad por lo que significa el pronunciamiento del apuntado Centro Directivo en el tratamiento de la transmisión de la propiedad en el

⁴⁹² RJ 1994, 7654.

contrato objeto del presente trabajo. Constituye un gran paso adelante en el debate jurídico sobre la consideración real u obligacional del derecho que ostenta el cedente del solar hasta que recibe la obra futura, debate que sigue teniendo su vigencia en el presente y que convendría solventar de manera definitiva en el sentido de afrontar la modificación o adaptación de la normativa vigente a una realidad del tráfico jurídico que parece no encontrar acomodo en la misma. Sin embargo, el ajuste predicado debería contar con el necesario refrendo del TS dando un giro copernicano en su jurisprudencia respecto a la transmisión de la propiedad de los contratos con objeto futuro, anclado de manera prácticamente unánime hasta el momento en la concepción de la permuta con efectos jurídico-obligacionales.

Así las cosas, la sempiterna preocupación del cedente del solar a la hora de formalizar este tipo de contratos es el carácter del derecho que ostenta —real u obligacional— frente al cesionario durante el paréntesis de tiempo que media desde que transmite a éste último el solar hasta que el constructor le hace entrega de la edificación futura pactada como contraprestación. Resulta trivial incidir en la diferente posición de fuerza y protección que atesora el cedente de considerarse que *ab initio* ostenta un derecho real sobre la cosa futura o simplemente posee un mero derecho de crédito frente al constructor que, en lugar de concederle un poder directo e inmediato sobre la cosa, le obliga a accionar en sede de responsabilidad contractual ante un hipotético incumplimiento de las obligaciones pactadas, con las inseguridades y dilaciones que ello origina.

Son recurrentes los ejemplos que muestra la práctica con respecto a los riesgos a los que queda sometido el cedente en el caso de gozar exclusivamente de un derecho de crédito, avalado por las resoluciones de los Tribunales de Justicia, habida cuenta de que el propietario del suelo, tras ceder el mismo, queda desprotegido ante hipotéticos supuestos como la ejecución de la hipoteca constituida por el promotor-cesionario sobre el solar con objeto de financiar la construcción, el embargo del solar o de la edificación ya ejecutada por los acreedores del cesionario, la enajenación del constructor a terceros de la parte de la edificación que correspondería al cedente, etc. Ante tales eventualidades el cedente únicamente podrá demandar al constructor por su incumplimiento contractual, exigiéndole la correspondiente indemnización de daños y

perjuicios, aunque con una posibilidad de *restitutio in integrum* que se torna etérea de quedar sensiblemente mermado el patrimonio del cesionario.

Una segunda obviedad con respecto a la consideración del derecho de cedente como un derecho de crédito la encontramos en que el mismo no tendrá acceso al Registro de la Propiedad, limitándose a su plasmación en el asiento correspondiente pero sin ninguna eficacia *erga omnes*⁴⁹³. En consecuencia, el objetivo fundamental del inicial propietario del suelo que cede el mismo a un promotor-constructor para edificar será la constancia tabular de su derecho sobre las piezas de obra que percibirá una vez finalizadas las mismas para evitar cualquier incidencia que pueda abortar la entrega de la obra futura. Estos argumentos han sido utilizados por la doctrina científica que ha mostrado su beneplácito a la jurisprudencia del Centro Directivo plasmada en la RDGRN de 16 de mayo de 1996 y que ha defendido ulteriormente la permuta jurídico-real al aprobarse el RD 1867/1998.

Por su relevancia se transcribe íntegra la Resolución, sin perjuicio de diseccionarla seguidamente en todos sus puntos capitales:

HECHOS

I

El día 27 de noviembre de 1991, mediante escritura pública otorgada ante don Antonio Martín García, Notario de Málaga, doña María Gracia Pérez Cansino segrega de una finca de su propiedad (tierra de riego con frutales en el pasaje de las Chorreras, al partido de Huertas Altas, del término municipal de Alhaurín el Grande), de extensión superficial 44 áreas 52 centiáreas 14 decímetros 41 centímetros cuadrados, la parcela de terreno descrita como «solar con fachada principal a la avenida de Gerald Brenan, haciendo esquina con calle Céspedes, procedente de la tierra de riego en el paraje de las Chorreras, al partido de Huertas Altas, en la urbanización denominada «De los Naranjos», que ocupa una extensión superficial de 641 metros 82 decímetros cuadrados», y permuta esta parcela segregada con la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio del representante de ésta por cinco fincas que estarán integradas en el edificio que sobre la finca permutada construirá dicha entidad, y que en la escritura se describen, estipulándose en la citada escritura: «Cuarta. Sobre la finca adquirida por permuta la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», ajustándose al proyecto realizado por el Arquitecto don José Guerrero Solano, se propone construir el edificio en el que estarán integradas las cinco fincas antes descritas. Quinta. La entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio de su representante, se obliga a entregar a doña María Gracia Pérez Cansino las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses, a contar desde el día de hoy. La indicada entregara se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de

⁴⁹³ Consecuencia de lo establecido en el art. 51.6º in fine RH: No se expresarán en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real.

obligación... Sexta. El permutante, promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio de su representante, se obliga a realizar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas que en esta escritura adquiere doña María Gracia Pérez Cansino, a fin de que las mismas queden debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad. Séptima. Las fincas se permutan libres de cargas y de arrendatarios, y al corriente en el pago de impuestos, contribuciones y arbitrios...»

El mismo día y ante el mismo Notario, la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal del edificio construido sobre la parcela adquirida, el cual aparece integrado, entre otros elementos privativos, por cinco fincas cuyas descripciones coinciden íntegramente con las que dicha entidad permutó con la recurrente.

Las dos escrituras anteriormente citadas se presentan en el Registro de la Propiedad de Coín el día 29 de noviembre de 1991, practicándose la inscripción de dominio de la parcela segregada a favor de la promotora «Atabal, Sociedad Anónima», el día 2 de diciembre de 1991, y con la misma fecha se practica una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construida, así como la primera inscripción de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora referida.

II

Presentada nuevamente la escritura de segregación y permuta en el Registro de la Propiedad de Coín, con el objeto de que se inscriba a favor de la recurrente las cinco fincas adquiridas por permuta, fue calificada con la siguiente nota: «No se practica operación alguna en cuanto al precedente documento en lo que toca a la adquisición por parte de la mercantil promotora «Atabal, Sociedad Anónima», porque mediante primera copia de este propio documento ya fue inscrita al folio 177 del libro 287 de Alhaurín el Grande, finca número 22.247, inscripción 1.ª, con fecha 2 de diciembre de 1991; y en cuanto a la adquisición por parte de doña María de Gracia Pérez Cansino, por ser necesaria el acta notarial de entrega que prescribe la cláusula quinta de dicho documento. Coín, a 12 de abril de 1993 – La Registradora, Nieves Ozamiz Fortis.

III

El Procurador de los Tribunales don Rafael García Valdecasas García Valdecasas, en nombre de doña María Gracia Pérez Cansino, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que es evidente que nos encontramos ante un contrato relativo al dominio sobre bienes inmuebles (art. 1 de la Ley Hipotecaria). 2.º Que según la doctrina la permuta es un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo de dominio (art. 2.1.º de la Ley Hipotecaria). Que resulta evidente que se trata de un título traslativo del dominio. 3.º Que hay que analizar si el contrato contenido en la escritura pública objeto de la calificación existe como tal contrato, por lo que analizando la escritura a la luz de los artículos 1.254 y 1.261 del Código Civil hay que señalar que el consentimiento consta en la escritura de segregación y permuta y que el objeto del contrato que interesa son las fincas permutadas, las cuales existen en la realidad registral, según los certificados del Registro de la Propiedad que se acompañan al recurso. 4.º Que el referido contrato es un contrato de permuta (art. 1.538 del Código Civil), traslativo de la propiedad que se rige, en todo lo que no se halle específicamente determinado en este título, por las disposiciones concernientes a la venta (arts. 1.541 y 1.450 del Código Civil). Que a sensu contrario de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, si los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles, las obligaciones referentes al mero o simple hecho de poseer que aparezcan en los títulos no serán obstáculo para su inscripción.

IV

La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que el objeto del recurso parece estar en la necesidad o no del otorgamiento del acta notarial exigido por las partes en la cláusula quinta de la escritura calificada, en cuya acta se haría constar la entrega de las fincas por parte de la promotora. Que de los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y

1.261 del Código Civil se infiere que la voluntad de las partes, pactada en escritura pública, es esencial en materia de obligaciones y contratos, y en el asunto de que se trata esa voluntad de las partes es el otorgamiento de un acta notarial para hacer constar la entrega de los pisos. Que la recurrente alega que se trata de un contrato de permuta y que no es necesario ningún comportamiento posterior de las partes para que el contrato se entendiera perfeccionado. Que es demasiado simplista encasillar el referido contrato como de permuta. En este sentido hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1984, 2 de enero de 1976 y 4 de mayo de 1978, en que los contratos del tipo al que aquí se estudia los considera como contratos innominados y atípicos, que entran dentro del concepto genérico de cesión onerosa, recibándose una contraprestación, y que tiene elementos aislados de diversos contratos tipificados por nuestra legislación. Que la doctrina mayoritaria los ha considerado como de permuta, pero tampoco faltan quienes consideran que se trata de una comunidad o un crédito refaccionario, una sociedad, un contrato de cuentas en participación o un negocio parciario. 2.º Que aun admitiendo que se trata de una permuta, es un contrato sobre una cosa futura que está admitido en el artículo 1.271 del Código Civil. Que es un contrato consensual cuyo objeto consiste en una cosa futura, por lo que los únicos efectos que tendrá limitados serán los intrínsecos de la misma, que se producirá en el momento mismo pactado por las partes. Está claro que si la inscripción se hubiera realizado sin haber pedido el acta notarial se habría actuado con ligereza y sin justificación jurídica, atribuyendo al contrato, por sí solo, una eficacia no querida por las partes. 3.º Que problema distinto, pero conectado con el anterior, es el modo de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la escritura, cuestión que está íntimamente unida a si la relación jurídica que tratamos tiene carácter real u obligacional, todo ello desde el punto de vista registral. Es, pues, aconsejable el establecimiento de una condición resolutoria expresa que tendrá acceso al Registro por la vía del artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Que en el caso que se estudia no se estableció ninguna garantía para salvaguardar los derechos de la propietaria del solar, y 4.º Que, supuesto lo anterior, se concluye afirmando que la calificación recurrida respetó escrupulosamente la voluntad de las partes, que quisieron dar al contrato los efectos estipulados y no más. Que el contrato fue calificado de permuta, pero ya se ha visto que se trata realmente de un contrato atípico, de cesión de un cesionario y sin que dicha obligación esté garantizada con condición resolutoria o hipoteca, que le hubiera dado trascendencia real. Que si las propias partes interesadas exigían un acta notarial como requisito para la perfección del contrato, no puede aceptarse que ahora, unilateralmente, una de ellas pretenda obviar dicha exigencia para conseguir la inscripción. Que otra cosa será que para conseguir la entrega y el reconocimiento de su derecho haya de acudir a los Tribunales de Justicia.

V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota de la Registradora fundándose en que es necesario el acta notarial de entrega que prescribe la cláusula quinta de la escritura y en los artículos 609, 1.095 y 1.462 del Código Civil.

VI

El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que el Código Civil exige la tradición para la adquisición de derechos reales, pero no debemos olvidar: a) Que la propia Ley Hipotecaria admite la inscripción del título donde no se contempla la tradición (art. 14 del Reglamento) b) Que el Registro de la Propiedad no es constitutivo de derechos c) Que lo que se solicita es la impugnación de la calificación registral. 2.º Que la calificación no es conforme a Derecho, pues si la protección jurídica del cedente de los terrenos (recurrente) no viene establecida ya con trascendencia real por las partes en el documento que sirve de soporte al contrato, lógicamente no puede tener acceso al Registro. 3.º Que a la recurrente le asiste el derecho dimanante del artículo 1.526 del Código Civil, que si se refiere a un inmueble surtirá efecto contra tercero desde la fecha de su inscripción en el Registro. Y 4.º Que la recurrente por virtud del contrato ha adquirido el derecho de propiedad de los inmuebles a que el mismo se refiere, pues en otro caso ningún sentido tendría el artículo antes citado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

c) Estas dos escrituras se presentan en el Registro de la Propiedad el día 29 de noviembre de 1991, practicándose una primera inscripción de dominio de la parcela segregada a favor de la promotora «Atabal, Sociedad Anónima», el día 2 de diciembre de 1991, y con la misma fecha una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construido, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima».

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

2.- Si se tiene en cuenta que aunque el contrato de permuta aparezca configurado en nuestro Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical (arts. 1.538, 609 y 1.095 CC), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462.2 del Código Civil (cfr. Art. 1.541 CC); la cuestión debatida consistirá en decidir si en el concreto negocio realizado puede estimarse que a favor de la recurrente se ha operado ya, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto de los cinco pisos o locales que ella adquiriría o si, por el contrario, la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan claramente diferidos a un momento posterior, el del acta notarial de entrega.

Prescindiendo por ahora de las especiales características de los bienes que una de las partes –el constructor- da en permuta, de los términos del negocio celebrado no resulta concluyente la exclusión respecto de ellos del efecto traditorio inherente a la escritura pública. Ciertamente la cláusula 5.ª, en cuanto alude a una obligación de entrega que se cumplirá mediante el otorgamiento de acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación, parece confirmar esa exclusión; ahora bien, si se tiene en cuenta que la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la

transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, y que en la escritura calificada se reitera (en las cláusulas 5.ª y 6.ª) la expresión «las cinco fincas que en esta escritura adquiere la recurrente», difícilmente podrían negarse en el caso debatido el efecto traditorio inherente al otorgamiento de la escritura pública respecto de esas cinco fincas que adquiere la recurrente si las mismas estuviesen totalmente construidas en el momento del otorgamiento de aquélla, ese deber de entrega que se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial, más deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor que como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo 2.º del art. 1.462 CC), por cuanto es indudable el efecto traditorio sobre el solar permutado por la recurrente.

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

4.- Por otra parte, reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir han de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que si el párrafo 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura del folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción –cfr., art. 8.4.º Ley Hipotecaria–), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar, antes al contrario, avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (arts. 1, 2 y 9.3.º Ley Hipotecaria); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8.4 párrafo 2.º, in fine, Ley Hipotecaria); la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquélla y del edificio resultante (cfr. arts. 392.II CC, 2 Ley Hipotecaria, 21.1.º Ley de Propiedad Horizontal, 8.4.º Ley Hipotecaria y 16.2.º Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988). Además, y de conformidad con lo anteriormente apuntado, una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ Nótese que del Fundamento Jurídico Cuarto se pasa directamente al Séptimo. Este punto no ha pasado inadvertido a nadie y así CHICO Y ORTIZ, José M^º: “Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996”, en RCDI, n^º 638, enero-febrero 1997, pág. 184, viene a manifestar que deja la puerta abierta a la duda acerca de si existe algo más que fuera ciertamente relevante para conocer el contenido de la Resolución con más profundidad.

7.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido no puede aparecer obstaculizada por el hecho de que la contraprestación por la adquisición de esos cinco pisos sea la cesión del propio solar sobre el que ha de realizarse la edificación en el que aquéllos se integran; aun cuando en tal hipótesis pudiera resultar más adecuado, la celebración de un negocio atípico, «do ut des», por el que el dueño de la parcela que retiene sobre ella el derecho sobre cinco pisos o locales a cuya construcción se compromete la otra parte contratante, y da a éste derechos (comunidad) sobre la parcela que le permitieran hacerse dueño exclusivo de los restantes pisos del edificio que se compromete a construir, nada obsta a la validez del negocio tal como ha sido configurado, esto es, como un negocio de permuta (si bien con ciertas particularidades que lo singularizan), por el que una de las partes cede íntegramente el suelo a la otra y ésta, a cambio, asume la obligación de realizar determinadas edificaciones y transfiere inmediatamente a aquélla el derecho a cinco pisos o locales del edificio convenidos; las respectivas prestaciones son posibles, lícitas y perfectamente determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso obstaculice la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio al estar otorgado en escritura pública.

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

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

Madrid, 16 de mayo de 1996. El Director general, Julio Burdiel Hernández.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

IV. EXAMEN DE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996

IV.1. Consideraciones previas

La importancia que encierra esta RDGRN respecto a la transmisión de la propiedad en el contrato de cambio de solar por obra futura requiere su disección con

objeto de apreciar los extremos novedosos de la misma con respecto a la concepción hasta entonces existente de la transmisión de la propiedad en los contratos con objeto futuro, especialmente en lo concerniente a su acceso a los libros registrales.

Según se ha expuesto anteriormente, la nuclear importancia de esta Resolución radica en el reconocimiento de una permuta con efectos jurídico-reales, en la legitimación para transmitir un derecho real sobre cosa futura si el negocio jurídico se formaliza en escritura pública y en la importancia conferida a la voluntad de las partes en el sentido de dar validez y eficacia al consentimiento expresado por las mismas en el sentido de que la doble transmisión que caracteriza a este contrato: solar-elementos futuros se efectúe con el otorgamiento del citado instrumento público.

IV.2. Hechos y Fundamentos de Derecho de la RDGRN de 16 de mayo de 1996

IV.2.1. Hechos que dan lugar al recurso gubernativo

Con objeto de facilitar la comprensión de la RDGRN se sintetiza la sucesión o secuencia de actos que dan lugar a la misma y que han sido de singular importancia para su comentario y para su interpretación desde el punto de vista dogmático y jurisprudencial:

1º) Los contratantes, a la sazón, un particular propietario de un solar y una entidad promotora, otorgan escritura pública mediante la cual, previa segregación de la finca en cuestión de otra, pactan la permuta de dicho solar resultante por cinco fincas determinadas, las cuales, se ubicarán en el edificio que se construirá sobre la referida parcela. Hasta aquí se comprueba que se trata de un supuesto típico o tradicional de contrato de aportación de solar a cambio de obra futura: el propietario de un suelo edificable contrata con un constructor para que, previa transmisión por parte del primero del suelo que interesa al segundo, éste construya un edificio en altura, entregando al cedente como contraprestación, y a cambio de la transmisión del solar, cinco fincas de la futura construcción.

2º) Se conviene que la entrega se efectúe en el plazo de dieciocho meses a contar desde la fecha de la escritura pública de permuta, acordándose que dicha entrega se verificará ***sin otorgamiento posterior de acta notarial de entrega*** de la contraprestación⁴⁹⁵. La frase resaltada se trata del aspecto esencial de la Resolución por lo que supone de novedad en cuanto a la diferente interpretación que se otorgará por la doctrina científica al modo transmisivo, identificándose en este punto la concepción de la permuta con efectos jurídico-reales. Es la anticipación del consentimiento traslativo el que fragua la transmisión del dominio de los futuros departamentos en el momento de otorgar la escritura pública sin necesidad de que los mismos estén materialmente acabados. En el capítulo XIII se verificará la traslación de esta configuración del contrato al texto del art. 13 RH, aprobado por el RD 1867/1998.

3º) Se pacta que la empresa promotora otorgue unilateralmente la escritura de declaración de obra nueva y de división horizontal. También será objeto de análisis ulteriormente esta forma de concebir el negocio jurídico al ser otra de las especialidades que trasladó el RD 1867/1998, al texto del art. 13 RH en cuanto a la conformación entre cedente y cesionario de una *comunidad especial* y la facultad concedida a este último de otorgar por sí solo la escritura citada anteriormente.

4º) El mismo día y ante el mismo fedatario público la entidad promotora otorga la escritura de obra nueva en construcción y división horizontal en la que se describen las cinco fincas que integraban la contraprestación del cedente.

5º) Una vez presentadas a inscripción ambas escrituras, el registrador recoge como primera inscripción la propiedad del solar a nombre de la promotora y, en la inscripción segunda, se inscribe la obra nueva en construcción y la división horizontal del edificio, con todas las piezas de la edificación proyectadas a nombre de la sociedad promotora igualmente —pese a la constancia en la previa escritura de permuta de que cinco de las fincas a construir constituían la contraprestación del propietario del suelo—.

⁴⁹⁵ Hay que destacar que es admitido por la DGRN el otorgamiento de actas de entrega de la posesión que difieren el momento de la entrega de la posesión al hito establecido en la previa escritura pública cuando el objeto existe físicamente según se observa en las RRDGRN de 25 de enero y 31 de marzo de 2001 (RJ 2002, 2142 y RJ 2002, 2195, respectivamente) y de 8 de septiembre de 2005.

6º) Presentación de la escritura de permuta ante el Registro de la Propiedad con la finalidad de que las cinco fincas que en la citada escritura de permuta se transmitían al cedente se inscribieran a su nombre.

7º) Suspensión de la inscripción por el registrador mientras no se proceda a aportar el acta notarial de entrega que se menciona en la escritura de permuta. Por consiguiente, el registrador se acoge a la concepción más tradicional de la teoría del título y el modo exigiendo el acta notarial de entrega que haga las veces de modo o *traditio* para completar el proceso de adquisición del dominio.

IV.2.2. Argumentos incluidos en el recurso gubernativo

El recurso gubernativo interpuesto por el cedente del solar contra la negativa del registrador de la propiedad a inscribir las cinco fincas a nombre del cedente bascula sobre los siguientes argumentos:

1º) Que la permuta es un contrato relativo al dominio y, según las características que lo definen, es considerado doctrinalmente como traslativo del mismo.

2º) Que el contrato recogido en la escritura reúne todos los requisitos de validez del mismo que exige el CC.

3º) Que, por indicación expresa del art. 1541 CC, el contrato de permuta se regirá, en todo lo que no esté previsto en su normativa específica, por las reglas del contrato de compraventa.

IV.2.3. Argumentos de la registradora de la propiedad en defensa de su nota de calificación

Avalando su decisión, la registradora fundamentó de esta manera la defensa de su nota de calificación:

1º) Según su criterio, es demasiado «simplista» calificar el contrato como de permuta, según pretende la parte recurrente, entendiéndose por ello que no era necesario el otorgamiento del acta notarial de entrega. En este punto, alude a la naturaleza jurídica de este contrato y a las diferentes modalidades contractuales en las que puede presentarse, quedando patente el carácter complejo del mismo.

2º) Si la inscripción se hubiera practicado sin haberse otorgado el acta notarial de entrega se hubiera actuado con demasiada «ligereza y sin justificación jurídica» de conformidad con la voluntad de las partes expresada en el contrato. Recuérdese que expresamente los contratantes acordaron otorgar el acta notarial de entrega de las cinco fincas futuras que conformaban la contraprestación a recibir por el cedente del solar.

3º) Aborda el debate jurídico sobre si el contrato de permuta tiene eficacia real o personal, aconsejando el establecimiento de una condición resolutoria explícita o una hipoteca según dispone el art. 11 LH con el objetivo de dotar al contrato de eficacia real. Este mismo argumento jurídico será el que recoja la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001, anulando parcialmente el texto del art. 13 RH tras la reforma del mismo operada por el RD 1867/1998.

4º) En conclusión, si las partes reflejaron expresamente en el contrato de permuta la necesidad de que para la transmisión de las fincas se otorgara el acta notarial de entrega, no puede el recurrente de manera unilateral pretender posteriormente la inscripción soslayando la obligación previamente asumida.

IV.2.4. Fundamentos jurídicos de la Resolución

Tras seguirse el cauce legal correspondiente⁴⁹⁶, el Centro Directivo, examinados los arts. 392, 609, 1095, 1289, 1462, 1538 CC; 1, 2, 8, 9, 20, 38, 40, 220 LH, 16.2º RH y RDGRN de 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988, llega a las siguientes conclusiones:

⁴⁹⁶ Se debe poner de relieve que tras la contestación de la registradora de la propiedad, antes de llegar a la RDGRN, la nota fue ratificada por el Presidente del TSJ de Andalucía, basándose en la necesidad de otorgar acta notarial de entrega y en el respeto a los arts. 609, 1095 y 1462 CC. Seguidamente, el recurrente apeló el Auto del Presidente por los motivos expuestos, haciendo hincapié en la eficacia traditoria de la escritura de permuta.

1º) El contrato de permuta requiere de la *traditio* para que pueda adquirirse la propiedad pero le es aplicable la tradición instrumental contemplada en el art. 1462.2 CC, debido a la remisión que efectúa el art. 1541 del citado cuerpo legal a las normas de la compraventa.

2º) El objeto de debate en el concreto supuesto de hecho se ciñe a determinar si desde que se otorga la escritura de permuta se produce de manera directa e inmediata el traspaso dominical de las cinco fincas al cedente del suelo o si, en cambio, la tradición y la correlativa adquisición de la propiedad queda diferida hasta que con posterioridad se otorgue el acta notarial de entrega de las mismas, ostentando el cedente hasta el indicado momento exclusivamente un derecho de crédito.

3º) En base a la expresión literal de la escritura de permuta: *las cinco fincas que en esta escritura adquiere la recurrente* difícilmente se puede oponer que no opera la tradición instrumental inherente al instrumento público y ello aunque las partes hicieran mención de que la obligación de entrega se cumpliría cuando se otorgase el acta notarial de entrega. La DGRN estima que la estructuración del negocio prevista por los contratantes obedece al modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa que ya es ajena al cesionario, sin que pueda servir de apoyo tal configuración para rechazar la virtualidad del art. 1462.2 CC, acogiendo asimismo el criterio hermenéutico de la atención a la mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos del art. 1289 del referido texto legal⁴⁹⁷.

4º) Hay que tener en cuenta que la edificación futura es un ***objeto jurídico complejo y en proceso de transformación*** y que, a su vez, se está en presencia de una ***comunidad especial*** durante la ejecución de la obra ya que el cedente ostenta una cuota sobre el solar en el porcentaje correspondiente a las fincas que le serán entregadas. Una vez finalizada la edificación, la cuota inicial se convertirá en propiedad separada de las fincas acordadas en contraprestación. En este punto debe ponerse de relieve la importancia de esta concepción de la DGRN, especialmente la noción de «comunidad especial» que será acogida por la nueva redacción del art. 13 RH otorgada por el RD

⁴⁹⁷ CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario a la Resolución...”, ob. cit., pág. 69, destaca que en el caso resuelto por el Centro Directivo la voluntad de las partes no era excluir el efecto traditorio «máxime si de él se deriva una ventaja contractual».

1867/1998 así como en cuanto al específico momento en que se puede considerar «comenzada» la construcción en base al art. 8.4 LH.

5º) Por consiguiente, —concluye la RDGRN— *«el derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si éste se otorga en escritura pública. De manera rotunda y concluyente el Centro Directivo se decanta por conceder eficacia jurídico-real al contrato de aportación de solar por obra futura desde que éste se suscribe, siempre y cuando se otorgue en escritura pública. A partir de aquí pueden observarse dos cuestiones que se abordan en el presente estudio. La primera es si el cedente del solar ostenta un derecho más fuerte que un simple derecho de crédito hasta que recibe la obra futura convenida, obteniéndose una respuesta taxativa de la DGRN en sentido afirmativo; la segunda es si para que el contrato goce de eficacia jurídico-real basta con suscribir un mero contrato privado o es preceptivo que conste en escritura pública, añadiéndose un tercer estadio en el sentido de si la consideración como real del derecho del cedente se obtiene por la inscripción de dicha escritura en el Registro de la Propiedad. El criterio del Centro Directivo es meridiano en cuanto a considerar que la escritura pública equivale a la transmisión de la propiedad sin ningún otro requisito.*

6º) En contraposición al texto del art. 8.4 LH, nada impide que tenga reflejo registral inmediato la adquisición por el cedente de las fincas futuras aunque previamente no se haya otorgado la escritura de división horizontal, amparándose en la atribución de carácter real al derecho cuestionado, la posibilidad de recoger en el folio abierto al solar los pisos simplemente proyectados, la admisión de acuerdos jurídico-reales entre los condueños del solar sobre el régimen de la construcción y de la futura edificación, aun antes de comenzarse la misma.

7º) Cuando las obras hayan comenzado y se haya inscrito la división horizontal, la primera inscripción de dominio de los elementos independientes que constituyen la contraprestación del cedente, habrá de hacerse directamente a su favor. El hecho de la *imposible simultaneidad teórica del suelo-piso* no puede desmoronar la inmediata eficacia traditoria del negocio estipulado, al estar otorgado en instrumento público.

V. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA TESIS DE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996

El sector doctrinal que ha ensalzado la aparición de esta Resolución defiende sus conclusiones como consecuencia de la admisión y aplicación a estos supuestos de entrega de obra futura de la tradición instrumental contenida en el art. 1462.2 CC y, especialmente, por la principal consecuencia derivada de lo anterior al conseguirse una protección cualificada del cedente con el acceso al Registro de la Propiedad de la contraprestación a percibir, sirviendo de escudo frente a las agresiones que potencialmente pueda sufrir hasta que, de manera tangible, reciba los elementos futuros construidos por el cesionario.

CARRASCO PERERA se erige como un profundo defensor de la doctrina propugnada por esta Resolución —aunque la califique inicialmente de parcialmente «confusa»⁴⁹⁸— por cuanto implica la transmisión «originaria» al cedente del solar de los pisos o locales pactados como contraprestación a percibir, sin esperar a la ulterior entrega que le hará el cesionario-constructor.

Según lo define el propio jurista, la Resolución consagra que la propia escritura de permuta constituye en sí misma «título y modo» de la adquisición de los pisos o locales aun no construidos a favor del cedente además de «título y modo» de la adquisición del solar por el promotor-constructor. Significa, en consecuencia, un cambio en lo que «rutinariamente» —a su criterio— se reflejaba en la práctica contractual de las partes, en la que resultaba pacífico que los inmuebles futuros se adquirirían una vez finalizadas las obras y materializada la entrega al cedente en escritura pública.

No obstante, este tratadista pone el acento en la descalificación que efectúa el Centro Directivo del contrato de permuta como canalizador del fin pretendido por las

⁴⁹⁸ CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario a la Resolución...”, ob. cit., págs. 65, 66 y 71. La confusión radica, según su criterio, por la circunstancia de que realmente no llega a saberse si el «verdadero y actual derecho real» que el cedente adquiere desde la «celebración» del contrato es una cuota en la propiedad del solar o una titularidad dominical, siquiera civil, sobre el piso o local futuro, como propiedad separada cuya titularidad se adquiere por anticipado. Para este jurista la opción correcta es la segunda al no excluir que el cedente adquiera una cuota del solar además de la titularidad anticipada del piso o local aunque este escenario sólo sería posible cuando nace la propiedad horizontal junto con la escritura de declaración de obra nueva, surgiendo entonces una situación de prehorizontalidad que conlleva que a los elementos privativos corresponda una cuota sobre los elementos comunes.

partes, pareciéndole más correcto defender la retención por parte del cedente de un derecho de vuelo sobre las plantas o pisos reservados, transmitiendo al cesionario la propiedad del solar, o bien, reteniendo la propiedad del suelo y cediendo al constructor un derecho de vuelo sobre los pisos a ejecutar.

También CARRASCO PERERA junto con CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO⁴⁹⁹ han encomiado la RDGRN, defendiendo en base a la misma que, en aras de evitar la desfavorable situación del cedente del solar hasta que recibe la edificación acordada, la solución más plausible es «adelantar» el efecto traditorio, de tal forma que, con la escritura pública de permuta se entienda que ha operado la tradición instrumental del art. 1462.2 CC en relación con los inmuebles a construir. La posición de los citados autores es meridiana en el sentido de que consideran que no ha lugar a entender esta situación con diferente perspectiva, resolviendo la Dirección General, «como no podía ser de otra forma», dotando a la escritura pública de efectos traditorios.

Desde luego lo que no admite discusión es el «espíritu emprendedor» de la Resolución según señala LANZAS MARTÍN⁵⁰⁰, dotando expresamente de carácter real a los derechos del cedente del solar, pese a que reconozca que sobre la misma ha existido un desigual abrazo por parte de la doctrina científica.

A su vez, MARTÍNEZ VELENCOSO⁵⁰¹ vierte un juicio positivo acerca de la Resolución al permitir el acceso del derecho del cedente al Registro de la Propiedad, circunstancia que para los intereses del inicial propietario del suelo supone una «protección total». De esta forma, la inscripción se traduce en el hecho de conferir al cedente un derecho de propiedad como equivalente a la simple titularidad. Aduce esta autora que el inicial propietario del suelo carece físicamente del piso o local futuro pero este extremo no lo considera un problema de propiedad sino perteneciente al mundo de los hechos.

⁴⁹⁹ CARRASCO PERERA, Ángel y otros: *Derecho de la Construcción...*, ob. cit., pág. 297.

⁵⁰⁰ LANZAS MARTÍN, Eugenio Pacelli: “El derecho del cedente ...”, ob. cit., pág. 703.

⁵⁰¹ MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M^a: *Adquisición de la propiedad...*, ob. cit., pág. 133, plantea el supuesto de hecho del constructor que deviene insolvente, perdiendo la construcción ejecutada hasta ese momento a favor de otro constructor que continuará las obras. La cuestión planteada consiste en determinar si el nuevo constructor está obligado a finalizar el piso frente al cedente. En este sentido, viene a concluir que no podemos hablar de eficacia absoluta del derecho real habida cuenta de que únicamente existe obligación de construir y el propietario del piso o local ejecutado a medias podrá dirigirse frente a su deudor pero no frente al nuevo propietario.

Desde la misma óptica de la inscripción en el Registro de la Propiedad LÓPEZ FRÍAS⁵⁰² alude a la RDGRN de 16 de mayo de 1996 para llamar la atención acerca de la posibilidad de la inscripción del dominio a favor del cedente de las piezas de edificación que le corresponderán siempre y cuando conste la inscripción del solar a nombre del constructor y la división horizontal de la edificación aunque la misma esté en fase de construcción.

Por su parte, MARTÍNEZ SANCHIZ⁵⁰³, en el comentario que dedica a esta Resolución como antecedente del posterior RD 1867/1998, de 4 de septiembre, admite que pueda existir transmisión de los elementos futuros sin que exista posesión efectiva sobre los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1462.2 CC, aunque inicialmente pudiera parecer inviable con respecto a las cosas futuras. No obstante, precisamente, desde la óptica y análisis de la posibilidad de configurar un derecho real sobre cosa futura, FERRANDO NICOLAU⁵⁰⁴ destaca el recurso a la *traditio chartae* contenida en el art. 1462.2 CC de la RDGRN de 16 de mayo de 1996 para acabar con el obstáculo del previo traslado posesorio a fin de que se pueda entender transmitida la propiedad en los contratos traslativos de dominio. De hecho, frente a la inmaterialidad actual del bien futuro cuando éste es enajenado, esta jurista sugiere el amparo en la previa existencia material del elemento base que ya existe, es decir, el solar. De esta forma, el cedente goza de la posesión de la cosa principal a la que se unirán las cosas futuras pactadas, debido a las facultades propias del dominio.

También ARNÁIZ EGUREN⁵⁰⁵, al comentar el RD 1867/1998, saca a relucir la gran transcendencia de admitir el nacimiento de un derecho real sobre parte de la edificación futura y su eficacia frente a tercero, refiriendo que en la RDGRN de 16 de mayo de 1996, «se mencionaba ya la aparición de una cierta comunidad como consecuencia del convenio traslativo del solar a cambio de una parte de la edificación».

⁵⁰² LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 67.

⁵⁰³ MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: *Comentario de la reforma hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998)*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, págs. 60 a 62.

⁵⁰⁴ FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La cosa futura como objeto del derecho real”, en *Revista General de Derecho*, nº 676-677, enero-febrero 2001, pág. 45.

⁵⁰⁵ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “Urbanismo, y propiedad horizontal: el derecho de superficie, la permuta de suelo por edificación futura, el derecho de suelo urbano y la inscripción de plazas de aparcamiento y trasteros. 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*”, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs.101 y 102.

En la misma línea que los anteriores, SERRANO CHAMORRO⁵⁰⁶ viene a otorgar la importancia correspondiente a esta RDGRN abogando por una solución más acorde con los tiempos actuales, buscando un mayor equilibrio y equidad para el cedente del solar, amparándose en el sistema de *numerus apertus* de derechos reales y en que el art. 1462.2 CC no recoge un catálogo exhaustivo de formas de tradición instrumental.

Cabe incidir en el hecho que pone de relieve PLANA ARNALDOS⁵⁰⁷, y que también servirá de aplicación para las Resoluciones de la mencionada institución posteriores a la de 16 de mayo de 1996 que mantienen una línea continuista con la misma, en cuanto a que el Centro Directivo en esta decisión no viene a considerar esencial la existencia física del objeto en el momento de la transmisión sino la concurrencia de dos requisitos fundamentales: la voluntad inequívoca de transmitir y la determinación del objeto.

De manera aséptica, a modo de explicación de las diferentes corrientes existentes en torno al problema de la transmisión de la propiedad en el contrato de aportación de solar por obra futura, aparece SEOANE SPIEGELBERG⁵⁰⁸. Este jurista deja clara la solidez de la postura de los Tribunales en torno a la transmisión dominical de los elementos futuros, con absoluto respeto a la teoría del título y el modo, frente a la tendencia doctrinal y de la jurisprudencia de la DGRN, distinguiéndose entre una tradición como transferencia dominical por una parte, y como efectivo cumplimiento del contrato por otro. Así, la RDGRN de 16 de mayo de 1996 recogió la distinción entre los conceptos de entrega antedichos: transmisiva de la propiedad y solutoria de pago, concluyendo que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso no obstaculiza la inmediata eficacia traditoria.

Finalmente, se deja constancia de la postura de BOSCH CAPDEVILLA⁵⁰⁹ quien entiende que existen sólidos argumentos para mantener la tesis que la DGRN adopta en la Resolución que se comenta, si bien aconseja buscar otras garantías para el cedente.

⁵⁰⁶ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 493 y ss.

⁵⁰⁷ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 148 a 154.

⁵⁰⁸ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., págs. 2214 y ss.

⁵⁰⁹ BOSCH CAPDEVILA, Esteve: “Cesión de solar a cambio de construcción futura. Posposición de condición resolutoria explícita a hipoteca. Extensión objetiva de la hipoteca. Congruencia”, en *CCJC*, n^o 66, octubre-diciembre 2004, págs. 159 y 160.

VI. DOCTRINA CRÍTICA CON LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996

Los autores que no aprecian en esta Resolución la posibilidad de transmisión *ab initio* de la propiedad de los elementos futuros al cedente, centran sus reproches en el hecho de la inmaterialidad de los mismos, de modo y manera que no pueden ser objeto de un derecho real, suponiendo, además, una desnaturalización de la teoría del título y el modo.

La crítica más enconada la vierte CHICO Y ORTIZ⁵¹⁰ para quien, tras adelantar que es una de las Resoluciones «más extrañas» que ha comentado, sostiene que la conclusión a la que llega la DGRN en cuanto a que el cedente adquiere la propiedad con carácter anterior a la entrega de la cosa es un «milagro». Para este autor surgen preguntas que ciertamente pueden parecer un contrasentido a la vista de lo que se quiere recoger y proteger en la Resolución y lo expresado en el texto de la misma, como por ejemplo: ¿por qué si en la Resolución se dice que los pisos «ya han sido adquiridos» por el cedente, sin embargo se inscriben a nombre de la promotora? Considera que difícilmente puede seguirse lo reflejado por el Centro Directivo al incluir el concepto de «transmisión dominical aunque no provoque traspaso posesorio» pues si no existe «modo» no puede hablarse de transmisión del dominio toda vez que la escritura pública recoge que la entrega se efectuaría por acta notarial, reforzado en el propio tenor literal de la Resolución al aludirse a la obligación del cesionario de «entregar una cosa ya ajena al deudor». Dicho esto mantiene que, al presentarse al Registro de la Propiedad la escritura pública de obra nueva y división horizontal, por aplicación del art. 38 LH, se presume que la posesión también pertenece a la entidad promotora «barriando jurídicamente» el argumento de la Dirección General de entregar «cosa ajena». En definitiva, en virtud del art. 44 LH, el promotor-constructor no puede cumplir su obligación de entregar cosa futura hasta que ésta no sea real y palpable, sin que la escritura pública en este caso puede suplir la entrega, concluyendo lapidariamente que «los ciento treinta y cinco años o más que avalan la creación y aplicación de la legislación hipotecaria merecen otro trato más respetuoso».

⁵¹⁰ CHICO Y ORTIZ, José M^a: “Comentario...”, ob. cit., págs. 183 a 188. La postura adoptada por este autor es descrita como «crítica feroz» por LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: “El derecho del cedente...”, ob. cit., pág. 702.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA⁵¹¹ considera que, para que pueda tener lugar la transmisión instrumental establecida en el art. 1462.2 CC es preciso que el transmitente posea la cosa a título de dueño, consiguiéndose la equivalencia entre escritura y entrega. Por ello —afirma—, en el supuesto de hecho que aborda la Resolución el cesionario no gozaba de la posesión a título de dueño, inmediata, mediata o a través de otro.

RODRÍGUEZ OTERO⁵¹², más atemperado, centra sus críticas en tres razonamientos que considera problemáticos, tanto desde una perspectiva teórica como práctica:

En primer lugar, entiende que la frase: «las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta» genera dudas en su consideración como argumento suficiente para que se adquiera algo que no existe ni siquiera formalmente. Si los pisos o locales al menos constaran inscritos como fincas independientes —incluso en fase de construcción—, dicha inscripción conllevaría una cierta existencia formal, «libraria». Sin embargo, tiene en cuenta que la doctrina española, italiana y francesa se posicionan en contra de admitir lo anterior pues, siendo loable que se proteja el interés del cedente, lo cierto es que no se puede entender como adquirida la cosa cuanto todavía no existe.

En segundo lugar, frente a la consideración de la RDGRN de que se está ante un verdadero y actual derecho real el apuntado jurista se decanta por sumarse a los partidarios de la categoría intermedia del *ius ad rem*, negando la posibilidad de transmisión a excepción de la existencia «libraria» unida a la tradición instrumental.

Por último, en contraposición a la imposible simultaneidad «teórica» que refleja la Resolución para el intercambio suelo-piso, RODRÍGUEZ OTERO asegura que la imposibilidad no es únicamente teórica sino también práctica habida cuenta de que es más que discutible que se pueda adquirir «ya» algo que no existe.

NÚÑEZ MUÑIZ⁵¹³ se suma también a esta postura crítica, aduciendo que estamos ante una «curiosa» Resolución en la que lo «sorprendente del caso es que defienda la

⁵¹¹ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores: “Permuta de parcela...”, ob. cit., pág. 235.

⁵¹² RODRÍGUEZ OTERO, Lino: ob. cit., pág. 273.

adquisición de la propiedad de los apartamentos por el cedente desde el primer momento», ya que «la propiedad de los mismos había sido adquirida en virtud de accesión por el constructor, dueño del solar permutado», habiéndose inscrito con este diseño en el Registro de la Propiedad. De ahí que se pregunte «cómo es posible la inscripción de unas casas a nombre de una persona (el constructor) cuando su propiedad no le pertenece por haber sido adquiridas por otra (el cedente del solar) en virtud del contrato de permuta celebrado».

La apuntada tratadista critica el hecho de que la Resolución considere que el acta de entrega al que se referían las partes lo era de entrega de la posesión y no de la propiedad, de tal forma que, el Centro Directivo sigue el «orden inverso» al *iter* normal para adquirir la propiedad; esto es, el título —la escritura pública— equivale a la tradición y adquisición de la propiedad, mientras que la entrega de la posesión queda postergada a un momento posterior, concluyendo así que la reiterada Resolución «se ha cargado directamente la teoría del título y el modo que consagran los arts. 609 y 1095 CC». A su vez, arguye que puede ser criticable el sistema de adquisición de la propiedad que existe en nuestro ordenamiento jurídico pero no por ello se puede instaurar un sistema diferente según criterios subjetivos, viendo constructiva la crítica al mismo pero sin que se ignore el Derecho positivo debido a la inseguridad jurídica que devendría.

Asimismo, ZURITA MARTÍN⁵¹⁴ se pronuncia claramente sobre la imposible eliminación del elemento traditorio para transmitir la propiedad de los apartamentos futuros aunque cita a la RDGRN de 16 de mayo de 1996 como la «responsable del nuevo rumbo jurisprudencial» que ha tomado la jurisprudencia del Centro Directivo.

En atención a la desvirtuación de la teoría del título y el modo se manifiesta también ESPEJO LERDO DE TEJADA⁵¹⁵ respecto a la tesis que propugna la transmisión actual al cedente de los pisos sin haberse construido mediante el otorgamiento de la

⁵¹³ NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., págs. 120 a 122. En realidad esta divergencia expresada por NÚÑEZ MUÑOZ fue la que determinó la interposición del recurso gubernativo frente a la inscripción practicada por la registradora de la propiedad mediante la que se hizo figurar como propietario del todo (solar y edificio dividido horizontalmente) al cesionario.

⁵¹⁴ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones...”, ob. cit., pág. 226.

⁵¹⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., págs. 50 a 54.

escritura pública de cesión del solar a modo de transmisión instrumental, si bien reconociendo como «muy difundida» esta idea doctrinal y el «fuerte impulso» de la misma a raíz de la RDGRN de 16 de mayo de 1996, sin que pueda ignorarse su «buena intención».

En un punto intermedio con respecto a las tesis ya vistas, en las cuales se defiende o critica de manera más acendrada la RDGRN de 16 de mayo de 1996, se encuentra la interpretación de RUDA GONZÁLEZ⁵¹⁶ sobre la misma, aludiendo a ella como el antecedente del posterior art. 13 RH, según la redacción que le concederá el RD 1867/1998, de 4 de septiembre. Como se estudiará de manera más pausada, el apuntado autor considera que ni la RDGRN de 16 de mayo de 1996, ni el posterior art. 13 RH, establecían transmisión de la propiedad alguna.

Su punto de vista sobre la decisión del Centro Directivo apunta al hecho de que la argumentación de la Resolución puede generar confusión debido a que entiende que se están afirmando dos cosas distintas: de un lado, que la escritura ha producido la entrega de los pisos y, de otro, que hay una comunidad sobre el solar. Por todo ello, «para que cuando la resolución afirma que los pisos se han entregado, lo que realmente quiere decir es lo que luego añade: que se ha entregado solamente una cuota del solar. En la medida en que la resolución niega que los pisos sean una cosa futura, se demuestra que no reconoce ningún derecho real sobre ella ni tampoco su transmisión. Por ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado viene a anticipar en cierto modo el efecto propio de la constitución de la propiedad horizontal», posibilidad que tanto la doctrina científica como el Alto Tribunal ya venían admitiendo. «De este modo, resulta que para esta resolución el cedente no ha transmitido todo el solar a la otra parte —tal como originalmente quería—, sino que conserva o retiene una cuota indivisa del mismo. Este mecanismo es el que luego recogerá el art. 13 RH».

⁵¹⁶ RUDA GONZÁLEZ, Albert: “El contrato de cesión...”, ob. cit., págs. 1538 y 1539. En el lugar correspondiente se examinará que la postura mantenida por este jurista es la misma que expone Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA con respecto a la transmisión exclusivamente de una cuota del solar al cesionario-constructor en virtud de los efectos que las partes contratantes quieren realmente atribuir al contrato de cesión de solar por edificación futura, con los matices que cada uno introduce en su contribución personal.

VII. REFLEXIONES SOBRE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996

Hasta llegar a los Fundamentos de Derecho de la propia Resolución se comprueba que, tanto en los argumentos del recurso gubernativo como en la defensa que hace la registradora de la propiedad de su nota de calificación, se alegan y se mezclan conceptos jurídicos sin confluir y apuntar de manera categórica al verdadero objeto de debate: si la escritura de permuta, anterior a la de obra nueva y división horizontal, es título válido para transmitir las cinco fincas que se pactaron a favor de la cedente del solar, pudiendo así inscribirse a su nombre directamente. Las alusiones del recurrente y de la registradora en defensa de sus respectivas posiciones, aduciendo que se está en presencia de un contrato traslativo de dominio al que se aplican de forma subsidiaria las normas de la compraventa así como las menciones acerca del carácter atípico de esta clase de contratos, desvían el foco de la cuestión por su obviedad.

En cambio, el Centro Directivo acota perfectamente el auténtico extremo litigioso que ampara su decisión final: la verdadera voluntad de las partes expresada en la Estipulación Quinta de la escritura de permuta cuando éstas hacen constar que la entidad constructora se obliga a entregar a la parte cedente en el plazo de dieciocho meses *las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta*. A partir de aquí se obtienen las siguientes conclusiones:

1º) No hay duda alguna acerca de que los contratantes, de manera inequívoca, estipularon la *transmisión actual* de la cosa futura en la propia escritura de permuta del solar por las cinco piezas de obra a edificar y a entregar en el futuro. Cuestión distinta es si puede ampararse la misma en virtud del ordenamiento jurídico sustantivo español, habiendo expuesto *supra* la confrontación doctrinal derivada de la RDGRN de 16 de mayo de 1996.

2º) El hecho de pactar que la entrega de las fincas futuras se verificaría mediante el otorgamiento de un acta de entrega no resulta contradictorio con la voluntad de las partes, hecho éste que niega a ultranza la registradora de la propiedad en base a la estricta aplicación al caso de la teoría del título y el modo. Pero focalizando el debate por ahora en la Resolución que se analiza, con independencia de si puede atemperarse la

referida teoría de transmisión de la propiedad y demás derechos reales, lo cierto es que según esta investigación, sería perfectamente admisible el otorgamiento del acta de entrega como mero requisito formal de la obligación de entregar «cosa ajena al deudor» como especifica la propia Resolución. Se trataría de cumplimentar y hacer constar exclusivamente que se ha producido la referida entrega de la misma forma que se otorga e inscribe el acta de terminación de una obra nueva cuando la misma se ha declarado previamente «en construcción». Eso sí, si fuera pacífico que la escritura de permuta transmite desde el primer momento la propiedad al cedente sobre los elementos futuros y este hecho tuviera acceso al Registro de la Propiedad con carácter *erga omnes*, el otorgamiento posterior de un acta de entrega carecería de sentido al haber conseguido el primigenio dueño del suelo *ab initio* la anhelada protección tabular frente a terceros.

3º) Si a la voluntad inequívoca de las partes acerca de la transmisión actual al cedente del solar de las fincas acordadas como contraprestación se añade que la Resolución reconoce en la escritura de permuta que las mismas aparecían perfectamente descritas y delimitadas, según proyecto elaborado por arquitecto, es evidente que se está cumpliendo con el principio de especialidad registral y nada entorpecería su constancia registral a favor del inicial propietario del suelo.

4º) Es innegable el logro que esta Resolución supone en cuanto a la elevación de las garantías a favor del cedente del solar. El resultado al que llega el Centro Directivo supone, al mismo tiempo, una palmaria evidencia de relajación o atemperación de la teoría del título y el modo, admitiendo la posibilidad de que las partes acuerden la transmisión de la propiedad de las piezas futuras desde el momento en que se firme la escritura de permuta.

5º) En definitiva, el extremo realmente relevante a los efectos del objeto del presente estudio y, especialmente, de las conclusiones a alcanzar al final del mismo, es que en el supuesto de hecho que acomete la DGRN y su fundamento en la aplicación del art. 1462.2 CC, existe una inequívoca voluntad de las partes de transmitir la propiedad de la obra futura desde el momento en el que se otorga la escritura de permuta, cumpliéndose además las exigencias del principio de especialidad como *conditio sine qua non* para conseguir la inscripción registral, significando este dato que el objeto ha quedado perfectamente determinado.

VIII. RRDGRN CON IDÉNTICO CRITERIO QUE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 1996

A raíz de la RDGRN de 16 de mayo de 1996, el Centro Directivo plasma idénticas conclusiones en su jurisprudencia posterior. A renglón seguido se exponen las referidas Resoluciones, constantemente repetidas y señaladas por la doctrina científica y la jurisprudencia al estudiar la transmisión de la propiedad en los contratos de permuta de solar por obra futura, incidiendo en los aspectos más importantes de cada una de ellas.

Un lugar destacado merece la RDGRN de 5 de enero de 1999 como consecuencia de basarse en idénticas circunstancias fácticas que la Resolución de 16 de mayo de 1996, debiendo llamarse la atención en que, en este caso, la escritura pública de permuta de solar por obra futura se otorga con carácter previo a la división horizontal del edificio.

El resto de resoluciones, aun manteniendo una línea continuista, se centran más en la copropiedad que surge sobre el solar, copropiedad que, como tal derecho real, tiene su acceso al Registro de la Propiedad.

VIII.1. RDGRN de 5 de enero de 1999

La DGRN viene a resolver mediante esta Resolución⁵¹⁷ el recurso gubernativo formulado por D. Antonio, notario de Guadalajara, frente a la negativa del Registro de la Propiedad nº 2 de dicha ciudad, a practicar la inscripción de un «acta de entrega material complementaria de escritura de permuta de cosa futura».

La concatenación de hechos que dieron lugar a la Resolución que se comenta es la siguiente: Mediante escritura pública de permuta de cosa futura otorgada el día 19 de julio de 1989, D^a. Encarnación y D. Francisco, D^a. Encarnación, D. Antonio y D. Santiago José, cedieron en permuta un solar en Guadalajara a D. Julián, a cambio de determinadas fincas futuras que este último, junto a su esposa, tenían proyectado

⁵¹⁷ RJ 1999,41

construir. En el instrumento público se consignó que la tradición de las fincas futuras se hacía en pleno dominio difiriendo a la finalización de las obras la entrega material de las mismas. La inscripción que se hizo de las reiteradas fincas coincidía con la efectuada en la escritura de división horizontal del edificio futuro que se otorgó el mismo día, ante el mismo notario y con número de protocolo posterior.

Ejecutada la edificación, el día 17 de mayo de 1991, se requiere al mismo notario para autorizar el acta de entrega material complementaria aludida con objeto de que conste la entrega de las llaves de los correspondientes inmuebles.

Presentada a inscripción el acta al, la registradora de la propiedad en su nota de calificación, hace constar que se está en presencia exclusivamente de un «acta» de la que resulta que es una exposición y un requerimiento al notario, no habiéndose practicado la inscripción por adolecer de los siguientes defectos: 1º) no estamos ante una escritura pública, como único documento notarial con carácter general para acceder al Registro de la Propiedad *ex art. 3 LH* y 2º) No se acompaña el poder que menciona la intervención.

El notario procedió a interponer recurso gubernativo contra el primer defecto hecho constar en la nota de calificación alegando que no sólo las escrituras públicas son válidas para acceder a la protección tabular del Registro de la Propiedad, incidiendo en la relación causal existente entre el acta cuya inscripción ha sido suspendida y la escritura pública anterior. Arguye el notario que dicho acta va más allá de un simple requerimiento al contener la comparecencia de todas las partes de la escritura pública previa, haciendo hincapié en el hecho de que en la misma se constata el consentimiento de las partes en «dar y recibir, en fijar valoraciones y, en resumen, en dar por cumplidas obligaciones anteriormente asumidas»⁵¹⁸.

⁵¹⁸ Por la importancia con respecto al objeto del presente trabajo se transcriben los argumentos expuestos por el notario recurrente: *no es totalmente exacto que del artículo 3 de la Ley Hipotecaria se deduzca que la escritura pública sea el único documento apto para provocar inscripciones en el Registro de la Propiedad. Que hay multitud de actas cuyo contenido es susceptible de tener reflejo en los libros registrales, sea a través de inscripciones propiamente dichas o de otros tipos de asientos. Que en este caso existe una relación causal entre el acta y una escritura anterior. Que el documento calificado no contiene solamente una exposición y requerimiento al Notario. Que no es un mero requerimiento, sino que es más completa, ya que contiene la comparecencia de todos y cada uno de los que figuran como partes en la escritura que se trata de complementar. Que al Notario se le requiere para que presencie una entrega y una recepción, cosa que efectivamente refleja en el acta, pero también refleja el consentimiento de las partes en dar y recibir, en fijar valoraciones y, en resumen, en dar por cumplidas obligaciones anteriormente asumidas. El Notario ha actuado también como fedatario del hecho inmaterial de la conformidad contractual.*

A la vista de lo anterior, la registradora de la propiedad informó al efecto, contrayéndose sus argumentos a los siguientes: 1º) Que el documento se califica de «acta» en su encabezamiento y no contiene en el mismo ninguna estipulación ni pacto o convenio alguno; 2º) Con dicho documento se pretende que las fincas descritas en el mismo, inscritas a favor de unas personas, se inscriban a favor de otras en la proporción que se expresa, con la intención de lograr una inscripción traslativa de dominio, siendo para ello preceptivo un título traslativo de los contemplados en los arts. 2 y 3 LH, sin que un acta sea un documento adecuado a tal fin y 3º) Se opone a lo postulado por el notario en cuanto a que las actas notariales pueden provocar asientos registrales debido a que este extremo sólo se admite con carácter meramente excepcional.

El Presidente del TSJ de Castilla-La Mancha revocó la nota de la registradora de la propiedad y admitió la inscripción del acta objeto de la controversia. Seguidamente, la registradora apeló el auto presidencial, resolviendo la DGRN de esta forma, con fundamento en los arts. 609, 1095, 1462 y 1538 CC; 1, 2, 3 y 38 LH y las RRDGRN de 5 de octubre de 1994 y 16 de mayo de 1996.

Sentado lo anterior, el Centro Directivo resuelve apoyándose en los siguientes argumentos⁵¹⁹:

1º) Es incuestionable que la transmisión de la propiedad de la obra futura se produjo en el momento de celebrarse el contrato de permuta como consecuencia de que las partes no excluyeron sino que *expresamente reconocieron el efecto traditorio inherente a la escritura pública*. Cabe reseñar la expresa mención de las partes a la tradición simbólica como generadora de la transmisión de la propiedad y la posterior

⁵¹⁹ Los argumentos se extraen de las conclusiones vertidas por la DGRN en el Fundamento Jurídico Segundo de la Resolución que se analiza, el cual literalmente dispone: *Sin prejuzgar ahora por qué constando inscritos en el folio abierto al solar los diferentes pisos y locales transmitidos en virtud de la escritura de permuta —los cuales se identificaron con su número en la división horizontal y su instalación en la planta del edificio— no se practicó directamente a favor del adquirente respectivo la primera inscripción del elemento privativo en cuestión, es lo cierto que teniendo en cuenta: a) Que de los términos del contrato de permuta resulta que la transmisión dominical de los inmuebles permutados se produjo desde el momento del otorgamiento de aquél, pues las partes, no sólo no excluyeron, sino que expresamente reconocieron el efecto traditorio inherente a la escritura pública, quedando relegada a un momento posterior —el de la terminación de la construcción— solamente la puesta material en la posesión del inmueble con la que concluiría el cumplimiento de la obligación de entrega, y b) Que la realización de dicha entrega material no supone nuevo consentimiento de las partes sino que se trata sólo de hacer constar la realización de un hecho que no interfiere la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tuvo, según sus términos, la escritura de permuta; debe concluirse que es ésta el título apto para provocar la inscripción de los inmuebles objeto de la permuta a favor de los respectivos cedentes. No siendo obstáculo, por otra parte, que un único título provoque dos inscripciones —la primera a favor del constructor y la segunda la que ahora se solicita—, pues la inscripción parcial de un negocio, en modo alguno, puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídicos-reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento.*

alusión a la tradición material que trasladaría al cedente el sustrato físico de los objetos pactados.

2º) Las partes postergan a un momento ulterior, el de la terminación de la construcción, única y exclusivamente la puesta material en la posesión del inmueble concluyéndose entonces la obligación de entrega.

3º) La posterior puesta en posesión material no implica un nuevo consentimiento contractual de las partes sino que lo que se pretende con este hito es poner de relieve un hecho que en nada interfiere con la inmediata eficacia traditoria de la escritura pública otorgada con anterioridad.

VIII.2. RDGRN de 13 de julio de 2005

Esta Resolución⁵²⁰ resuelve el recurso gubernativo presentado por D^a. Dominga contra la negativa del registrador de la propiedad nº 1 de Lloret de Mar a inscribir un acta de entrega de obra futura. La referida acta fue otorgada el día 12 de septiembre de 1997 y se presentó a inscripción al Registro junto a la escritura de compraventa de un edificio «en mal estado de conservación y afectado urbanísticamente», por precio aplazado, instrumento público que se suscribe el mismo día y con número de protocolo anterior. La compraventa contenía los siguientes pactos: *III.- Que si antes de la expiración del plazo del pago del precio aplazado, la finca ya transmitida estuviere ya edificada o en trámite de serlo, el pago del precio sería sustituido necesariamente por la cesión y entrega de un doce por ciento de los elementos materiales de la obra resultante, en la totalidad de la finca transmitida. IV.- Que habida cuenta de la eventual diferencia entre la liquidación de las cargas que afectan a la finca, en el supuesto de que de ésta resultase una cantidad mayor o menor que la retenida a tal efecto, la diferencia se compensará en el momento de determinar la expiración del plazo del precio aplazado o en su caso en el momento de la cesión y entrega, de los elementos materiales resultantes del anterior apartado.*

⁵²⁰ RJ 2005, 5654.

El registrador de la propiedad inscribe la escritura pública de compraventa pero no practica la inscripción del acta por considerar que no puede acceder a la protección tabular de conformidad con el art. 13 RH.

En su recurso gubernativo, la viuda del transmitente de la finca argumenta, además de que ha dirigido contra el adquirente acción penal por delito de estafa, que tiene derecho a la inscripción postulada debido a que la legislación hipotecaria no contempla un *numerus clausus* de derechos reales, viniendo obligado el registrador de la propiedad a discernir qué derechos de los que se presentan a inscripción gozan de los requisitos de absolutividad e inmediatez asociados a todo derecho real y cuáles son estrictamente un derecho personal sin posibilidad de acceso al Registro para ser oponibles *erga omnes*.

La DGRN resuelve reconociendo que el art. 13 RH, antes de su anulación por la Sala 3ª del TS, reconocía un derecho real al cedente del solar, extremo que refrendaba la doctrina más autorizada siempre que se constituyera una «comunidad especial» sobre el solar. De esta forma, la comunidad sería inscribible como consecuencia de que la comunidad es un derecho real y el suelo existe físicamente aun antes de iniciarse la edificación. Sin embargo, el Centro Directivo determina que en este concreto supuesto de hecho no existe la comunidad especial que podría gozar de protección tabular sino exclusivamente un derecho del cedente a un porcentaje de lo construido, además físicamente inexistente en ese momento. Se atiende, asimismo, a la existencia de un procedimiento penal frente al cesionario, el cual, efectivamente, podría dar lugar a gozar de cierta protección registral al amparo de la doctrina de la DGRN acudiendo a la anotación preventiva de querrela.

Todo lo anteriormente expuesto queda recogido en los Fundamentos de Jurídicos Tercero y Cuarto de la Resolución:

TERCERO

Se ha discutido mucho la naturaleza real u obligacional del derecho del cedente en el contrato que permuta del solar por una parte de la edificación futura. El artículo 13 del Reglamento Hipotecario, según la redacción que le dio el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de acuerdo con la doctrina más autorizada, había optado por configurarlo como real si se constituía como una comunidad especial el derecho consistente en la «transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir» que aparecieran descritos como exige la Ley de Propiedad Horizontal. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001

(Sala 3.ª) declaró ilegales los tres primeros párrafos de tal artículo 13, por entender que un derecho real no puede recaer sobre un objeto inexistente y porque dicha regulación reglamentaria alteraba el régimen legal de la propiedad consagrado por el artículo 609 del Código Civil.

No obstante, como se ha dicho acertadamente, si en el contrato se establece una comunidad sobre el solar, no cabe duda de que tal comunidad sería inscribible, pues la copropiedad del solar es evidentemente un derecho real y recae sobre un objeto existente. Lo que ocurre en el presente caso es que no se establece ninguna comunidad sobre el solar, sino el derecho a una parte de lo construido que no consta que exista, y es claro que no cabe un derecho real sobre una cosa no existente aún, y tampoco se establece garantía real sobre la contraprestación pactada (cfr. párrafo final del citado artículo 13), que podría inscribirse de conformidad con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

La doctrina del «numerus apertus» que alega la recurrente no permite que cualquier derecho sea inscribible, pues para que lo sea el derecho cuya inscripción se pretenda ha de tener las características propias del derecho real.

CUARTO

Alega la recurrente que es justo que sus derechos puedan ser garantizados registralmente, y en ello tiene razón, pero no por esta vía. Si se ha querellado contra el cesionario del solar es posible que la querrela pueda ser anotada en el Registro si, como consecuencia de la misma, se solicita la nulidad de la cesión o se demanda cualquier efecto real de conformidad con la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «vistos»). Pero en tal caso el asiento a practicar será una anotación preventiva, para la que será título el correspondiente mandamiento solicitado y obtenido de la autoridad judicial.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

VIII.3. RDGRN de 7 de mayo de 2009

Esta Resolución⁵²¹ resuelve el recurso interpuesto por Don Francisco Javier Torres Lanagrán contra la nota de calificación del registrador de la propiedad interino de Mancha Real, denegando la inscripción de la escritura de cesión de suelo por obra futura en cuanto a la contraprestación consistente en la transmisión de pisos o locales en el edificio a construir sobre el mismo⁵²².

Los hechos a destacar son los siguientes: el día 16 de enero de 2008 se autoriza una escritura de rectificación de una compraventa autorizada el día 13 de junio de 2006, pactándose, en sustitución de la obligación de pago aplazado prevista en la misma, la de que la mercantil Industrias El Ángel Jaén, S.A. entregue al Sr. Torres Lanagrán una serie de pisos, plazas de garaje y locales destinados a trasteros en el edificio a construir.

⁵²¹ RJ 2009, 3004.

La nota de calificación del registrador deniega la inscripción al considerar que el título presentado carece de efectos traslativos y, por tanto, de efecto real, habiéndose configurado la entrega de diferentes departamentos con carácter puramente obligacional. Además, —señala—, dicha obligación ha quedado diferida en el tiempo y será una vez cumplido el tiempo fijado, y no antes, cuando habrá de exigirse el cumplimiento.

En su Fundamentación Jurídica, el registrador establece, en primer lugar, que la escritura objeto de calificación implicaba la rectificación de otra precedente de compraventa pero sustituyéndose el precio a recibir por el vendedor por la obligación de entrega a éste por parte de la sociedad Industrias El Ángel Jaén, S.A. de una serie de elementos a construir. Esto conlleva el cambio igualmente de la configuración del contrato de compraventa a permuta y, en concreto, enmarcándose el contrato recogido en la escritura pública dentro del denominado «permuta de cosa presente por obra futura» sujeto al art. 13 RH. Alude el registrador a que el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, al reformar el citado precepto del RH intentó establecer un «doble sistema a la hora de configurar este tipo de negocio jurídico, es decir, bien con carácter real en sus tres primeros párrafos o con carácter meramente obligacional, en sus dos últimos párrafos». Dicho esto, con referencia a la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001, concluye que, tras la referida resolución, únicamente puede configurarse la permuta de cosa presente por obra futura con carácter meramente obligacional.

En la escritura que se calificaba se estipuló que Industrias El Ángel Jaén, S.A. se obligaba a entregar los elementos pactados totalmente terminados y en condiciones de uso antes del 31 de junio de 2009. De ello resulta que el cedente carece de la inmediatividad que caracteriza al derecho real y que implicaría la automática adquisición de la propiedad sin colaboración del cesionario. Por consiguiente, se hace preciso otorgar la correspondiente acta notarial de entrega de los diferentes elementos, requisito ineludible para la transmisión de la propiedad ya que constituye el «modo». Concluye el registrador con el aserto de que es cierto que se puede otorgar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal estando confeccionado el proyecto y una vez concedida la licencia de obras conforme al art. 8.4 LH. Ahora bien, el registrador aduce que, sin embargo, se está en presencia de la existencia registral de tales departamentos pero sin que de la escritura pública resulte ninguna estipulación que

atribuya y transmita la propiedad desde el momento de celebración del contrato. La entrega, de esta forma, quedaría postergada en el tiempo, requiriéndose una participación activa del cesionario.

En la calificación sustitutoria, el registrador fundamenta que el principal problema de los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura es el de la determinación del momento en el que se produce la transmisión de la propiedad por la inexistencia física de los inmuebles y la posibilidad de poder admitir un derecho real sobre cosa inexistente. Así, pese a reconocer que en Derecho español está instaurada la teoría del título y el modo se pregunta: «¿Qué ocurre cuando esta modalidad de contrato se documenta en escritura pública? ¿Tendría eficacia transmisiva la escritura pública?»

Sentado lo anterior, viene a reconocer que la doctrina científica no es unánime sobre el particular existiendo posturas encontradas tanto en la jurisprudencia del TS como de la DGRN. Según sostiene el registrador sustituto, el Centro Directivo exige para que se pueda atribuir a la escritura pública eficacia traditoria que exista clara voluntad de las partes de transmitir y que el objeto esté determinado. De este modo, dicha voluntad inequívoca de las partes no acontece en la escritura pública que se califica, refiriéndose en apoyo de su tesis a la declaración de nulidad de los tres primeros párrafos del art. 13 RH tras la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001, añadiendo que la inclinación del Alto Tribunal en sus últimas resoluciones —cita la Sentencia de la Sala 1ª de 14 de junio de 2007⁵²³— ha sido la de mantener que no basta únicamente con la voluntad generadora del contrato sino que es preciso también la tradición. Por ende, el contrato atípico que se interpreta produce exclusivamente efectos obligacionales, concurriendo el «modo» únicamente con la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda a los permutantes. En definitiva se viene a confirmar la calificación anterior.

El Sr. Torres Lanagrán presenta recurso gubernativo argumentando que la calificación denegatoria se basa principalmente en las vicisitudes que se han dado entre el art. 13 RH y el RD 1867/1998, de 4 de septiembre y la posterior declaración de nulidad de la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001. El recurso gira en torno a la validez

⁵²³ RJ 2007, 3515.

y licitud del negocio jurídico discutido *ex art.* 1255 CC, pudiendo configurarse por las partes como traslativo de dominio o meramente obligacional.

Con referencia a la declaración de nulidad contenida en la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001, el recurrente viene a defender que dicha nulidad proviene por el insuficiente rango normativo del Reglamento pero que no consta expresamente la voluntad del TS de «expulsar el contrato de permuta de cosa presente por obra futura con efecto traslativo de nuestro Derecho».

Por último, la DGRN da soporte a la facultad de configurar la permuta con efectos reales u obligacionales. El efecto real se dará cuando exista comunidad sobre el solar y siempre que en la escritura pública se determine esa transmisión actual que equivaldría a la tradición instrumental del art. 1462.2 CC. En tal postulado se encontraría la fórmula para resguardarse de la declaración de nulidad del TS pues la comunidad sobre el solar sería inscribible habida cuenta de que la copropiedad sobre el solar es un derecho real y recae sobre un objeto existente. Ahora bien, en el concreto caso de la escritura objeto de calificación no resulta de la misma con nitidez la voluntad traditoria. Como aclara el Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución, la Estipulación Primera de la escritura establece *la sustitución de la obligación de entrega en dinero por la de entregar los elementos* que se determinan en dicho instrumento público, los cuales, según consta en la Estipulación Cuarta deberán estar *totalmente terminados*, de conformidad con los arts. 98 LH y 9 RH.

VIII.4. RDGRN de 30 de septiembre de 2013

El supuesto de hecho de esta Resolución⁵²⁴ se constriñe a una divergencia en materia de operaciones particionales y se centra en determinar la legitimación que ostenta un albacea testamentario a la hora de inventariar derechos y obligaciones pendientes de cumplimiento, todo ello en relación con un negocio de permuta de solar por obra futura. El Centro Directivo discierne claramente la facultad que ostentan las partes contratantes de configurar su negocio jurídico de permuta de solar por obra futura con eficacia obligacional o con eficacia real. En este último supuesto se reconoce que

⁵²⁴ RJ 2013, 7706.

pueden llegar a transmitirse actualmente pisos futuros determinados *si éstos estuvieran claramente determinados en su superficie, situación, linderos y cuotas de participación en los elementos comunes y la escritura sirviera de tradición instrumental*.

En definitiva, tras el repaso de las RRDGRN comentadas en las páginas precedentes, a día de hoy, la DGRN se mantiene firme en la convicción de que es posible defender un derecho real sobre los inmuebles futuros siempre que los contratantes pacten de forma expresa en la escritura pública que opere la tradición instrumental creando para ello una comunidad sobre el solar. Dicha comunidad representa en el presente la cuota que corresponderá a las partes una vez constituida la propiedad horizontal, momento en el que las piezas que conforman el edificio quedarán inscritas a favor de los diferentes titulares⁵²⁵.

⁵²⁵ Pueden verse estas consideraciones en *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, Centro de Estudios Registrales, nº 29, enero-marzo 2011, págs. 108 y 109.

CAPÍTULO XII

TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA**
- III. REQUISITOS PARA QUE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA PRODUZCA LA TRANSMISIÓN AUTOMÁTICA DE LOS PISOS O LOCALES FUTUROS.- III.1. Introducción.- III.2. Voluntad inequívoca de transmitir la propiedad del objeto futuro.- III.3. Determinación del objeto futuro.- III.3.1. Introducción.- III.3.2. Inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad antes de la división horizontal del edificio.- III.3.2.1. Cuestiones generales.- III.3.2.2. La prehorizontalidad.- III.3.2.2.1. Concepto.- III.3.2.2.2. Fijación del momento de la «construcción comenzada».- III.3.2.2.2.1. Construcción comenzada en sentido «material».- III.3.2.2.2.2. Construcción comenzada en sentido «técnico». Existencia jurídica de los inmuebles.- III.3.2.2.2.3. Posición de la DGRN.- III. 3.3. Inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad mediante la división horizontal del edificio.- III.3.4. La singularidad de la Ley 19.724, de prehorizontalidad, de Argentina**
- IV. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA**
- V. RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES QUE EXCEPCIONALMENTE ACOGEN LA TESIS FAVORABLE A LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA.-V.1. Introducción.- V.2. SSTS que admiten la transmisión instrumental de los objetos futuros.- V.3. SSTS que admiten la tradición material de los objetos futuros mediante documento privado.- V.3.1. El encaje en la práctica contractual del documento privado y su eficacia traditoria.- V.3.2. Relación de SSTS que admiten la tradición material de los objetos futuros mediante documento privado**
- VI. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS CONTRATOS VERBALES DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA**
- VII. REFLEXIÓN SOBRE LA VIABILIDAD DE APLICAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL LA TRANSMISIÓN CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD A LOS BIENES INMUEBLES**

I. INTRODUCCIÓN

Frente a la tradicional consideración del derecho del cedente del solar como de naturaleza estrictamente obligacional o personal, paulatinamente va calando en la doctrina científica⁵²⁶ la tesis de que la tradición o entrega de los inmuebles futuros puede producirse con anterioridad a su existencia física siempre y cuando el negocio jurídico de permuta de solar por obra futura se formalice en escritura pública.

Esta concepción se articula en la operatividad de la equivalencia existente entre el otorgamiento de la escritura pública y la entrega de la cosa que consagra el art. 1462.2 CC, lo que origina que la adquisición del dominio de la futura edificación a favor del cedente se lleve a cabo en virtud de la tradición instrumental. En efecto, en la propia escritura pública quedará perfectamente acreditada la anticipación del consentimiento traslativo manifestado por ambas partes sobre la transmisión de la propiedad de la obra futura que corresponde al primigenio dueño del suelo como contraprestación por la cesión del solar. En este caso, la doble y simultánea transmisión que se verifica en el contrato objeto de la presente investigación: del solar al constructor-cesionario y de la obra futura al cedente, quedará completada automáticamente con el otorgamiento del documento público.

Esta teoría se construye con la finalidad de dotar de un plus de protección al anterior dueño del suelo en atención a la posición de desequilibrio que ostenta frente al constructor-cesionario hasta que éste le hace entrega de los departamentos futuros convenidos. Sus partidarios consideran factible defender la existencia de un derecho real sobre un inmueble en trance de construcción; incluso, aun cuando no se haya iniciado la edificación si la división departamental del edificio queda constatada

⁵²⁶ Un compendio del giro doctrinal a favor de este criterio puede apreciarse de forma muy explícita en las siguientes palabras de RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 207 y 208: «La idea de que la propiedad sobre un piso futuro no puede adquirirse hasta que éste está terminado ha sido en cierta medida superada. Otras ideas han contribuido a ello, pues se entiende que basta con que el piso tenga una mera existencia registral, o bien que el piso futuro es una cosa en formación que se adquiere de un modo progresivo». También ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., págs. 50 a 53, reconoce que: «está muy difundida la idea que propugna que los pisos futuros se transmiten al cedente de forma actual aunque todavía no se hayan construido, y ello en virtud de la escritura pública en la que se formalice la cesión del solar, que actuaría aquí como tradición instrumental».

mediante el correspondiente proyecto arquitectónico. Para ello, esta corriente se ampara en la existencia en el ordenamiento jurídico español de formas de tradición espiritualizadas que no precisan de entrega física de la cosa para que se entienda transmitida la propiedad, como ya pudo comprobarse en el capítulo II dentro del espacio dedicado a la teoría del título y el modo.

Unido a lo anterior, para defender que el cedente ostenta un derecho real sobre los inmuebles futuros desde el mismo momento en el que se otorga la escritura pública de permuta de solar por obra futura, la doctrina que acoge esta tesis ha tenido que argüir métodos para «cosificar» de alguna forma el inmueble futuro a fin de que pueda operar la *traditio* y así completarse el *iter* transmisivo. De ahí que ante la evidente falta de un sustrato físico en el que ampararse, el sector doctrinal que apoya esta concepción se fundamenta para defender la «existencia actual» de los departamentos futuros en la «existencia jurídica» que confiere la inscripción registral de la escritura pública de permuta de solar por obra futura por las vías que serán examinadas con detenimiento en el presente capítulo.

De forma somera, los cauces a través de los cuales la referida escritura pública puede conseguir el acceso tabular son: por un lado, la previa constitución del régimen de propiedad horizontal, según dispone el art. 8.5 LH, inscribiéndose con posterioridad la escritura pública de permuta de solar por obra futura, en la que se concretan las piezas de edificación que corresponden al anterior dueño del suelo; por otro lado, acudiendo a la opción que proporciona el estadio previo denominado de «prehorizontalidad» al amparo del art. 8.4 LH. En este sentido, es pacífico actualmente —como será objeto de análisis a continuación— la equiparación entre «edificación comenzada» y «edificación meramente proyectada» por su mejor acomodo a la realidad imperante en el sector de la construcción⁵²⁷. En ambos casos, además de la constancia del ya citado consentimiento traslativo, será ineludible que la edificación futura esté perfectamente delimitada y definida para cumplir con las exigencias del principio registral de especialidad.

⁵²⁷ Así CARRASCO PERERA, Ángel y otros: *Derecho de la Construcción...*, ob. cit., pág. 297.

Para llegar a estos resultados, el sector doctrinal que defiende los efectos jurídico-reales de la escritura pública de permuta por obra futura se posiciona a favor de que la transmisión de la propiedad pueda llevarse a cabo por un no poseedor a consecuencia de la atribución de existencia jurídica a la edificación futura.

La RDGRN de 16 de mayo de 1996 fue esencial para reforzar los postulados de los partidarios de esta concepción⁵²⁸ al admitir el Centro Directivo que los pisos futuros son «objetos en formación» o «cosas presentes en formación» sobre los que pueden recaer derechos dominicales siempre y cuando el negocio jurídico transmisivo se formalice en escritura pública. Según se expuso con anterioridad, la herencia de esta Resolución fue recogida por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, norma que vino a modificar el art. 13 RH, confiriendo efectos jurídico-reales a la escritura pública de permuta de solar a cambio de obra futura. Sin embargo, la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001, anuló parcialmente el citado precepto por vulnerar la teoría del título y el modo, además de por inmiscuirse como norma reglamentaria en materia reservada a una ley ordinaria, vulnerando el principio de jerarquía normativa, como se tendrá oportunidad de apreciar con más detalle en el capítulo dedicado al examen pormenorizado de la reforma del art. 13 RH introducida por el antedicho RD.

Por consiguiente, en el presente capítulo, además de exponer los argumentos que esgrime el sector doctrinal favorable a esta concepción, se dejará constancia de la escasa pero significativa jurisprudencia cuyos fallos admiten los efectos jurídico-reales de la escritura pública de permuta, absolutamente imprescindibles para concluir con verdadero criterio sobre la posibilidad de secundar los efectos jurídico-reales de la escritura pública de permuta de solar por obra futura.

Por último, añadir que, curiosamente, la jurisprudencia tributaria, sigue en general los mismos criterios que la corriente que ahora se analiza. Así, para determinar la fecha de devengo del IVA en la transmisión de los inmuebles futuros, la citada jurisprudencia se ampara en la *traditio ficta*, considerando como existentes

⁵²⁸ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 45 y LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: ob. cit., pág. 442, confirman esta aseveración.

registralmente las fincas cuando se ha otorgado la escritura pública de declaración de obra nueva y división horizontal⁵²⁹. Para ello, la Dirección General de Tributos aplica el art. 75. Dos LIVA⁵³⁰. En este sentido, en la entrega del solar, al ser éste un bien presente, se considera que el devengo se produce cuando se otorga la escritura pública de permuta por obra futura y, en relación con los inmuebles a construir, se entiende que se produce un pago anticipado a cuenta de la posterior entrega de tales inmuebles, momento del devengo definitivo ulterior⁵³¹. Así, lo ha venido manteniendo reiteradamente la Dirección General de Tributos citando las últimas Consultas vinculantes sobre la materia: 15 de septiembre de 2014; 29 de enero de 2014; 22 de enero de 2014; 9 de julio de 2013 y 17 de enero de 2013⁵³²; el TEAC, en su RTEAC de 8 de marzo de 2011⁵³³; así como el TS (Sala 3ª) en sus resoluciones de 18 de marzo y 29 de abril de 2009⁵³⁴.

⁵²⁹ Así lo ponen de relieve CARRASCO PERERA, Ángel y otros: *Derecho de la Construcción...*, ob. cit., págs. 300 y 304, apuntando que no se entiende que el TS no considere operante este criterio desde el punto de vista civil de adquisición de la propiedad por el cedente de los departamentos futuros; FALCÓN Y TELLA, Ramón: “De nuevo sobre la base imponible en las permutas inmobiliarias: dictamen motivado de la Comisión”, en *Revista Quincenal Fiscal*, nº 9/2008 (BIB 2008/602), pág. 2. También GARCÍA NOVOA, César: “Permuta de solar por edificación en el IVA: la situación actual”, en *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, DOC nº 4/2011, págs. 19 y 20. Este autor cita la importante STJCE de 21 de febrero de 2006: BUPA Hospitals Ltd. y Goldsbough of Customs & Excise, en la que se reconoce que puede hablarse de exigibilidad anticipada del IVA del bien o servicio de que se trate, desde el momento de celebración del acuerdo si se reúnen las condiciones mínimas de determinación, siendo suficiente que puedan ser determinables. Sobre la mencionada resolución del STJCE, brevemente puede añadirse que la cuestión prejudicial elevada por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, planteaba inicialmente un posible abuso del Derecho Comunitario en la deducción del IVA soportado, considerando que hay fundamento para negar el derecho a la deducción del impuesto sobre la base de que las operaciones desarrolladas, consideradas fraudulentas, no podían entenderse como actividad económica ni entregas de bienes en el sentido del sistema comunitario del IVA. A la vista de lo anterior, BUPA Hospitals Ltd. formaba parte de un grupo de sociedades encargadas de la gestión de hospitales privados. Dentro de su actividad, consideraban que los suministros realizados eran al tipo 0%, autorizado para el Reino Unido. Con esta fórmula, la referida sociedad recuperaba el impuesto soportado por las compras de medicamentos y prótesis a sus proveedores, vía devolución tributaria. Llegado este punto, el Reino Unido anunció una potencial modificación de esta normativa a fin de declarar exentos los suministros, normativa que finalmente entró en vigor el 1 de enero de 1998. Como reacción, BUPA Hospitals Ltd. planteó unos complejos acuerdos de pago anticipado que sorteaban la nueva fiscalidad aprobada, provocando el devengo del IVA de un ingente número de medicamentos antes de que se declarara la exención y, por ende, antes de que se limitara la deducción del IVA soportado. La respuesta de la Administración del Reino Unido fue la negativa del derecho a la deducción.

⁵³⁰ El art. 75. Dos LIVA dispone: *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos.*

⁵³¹ Véase sobre la materia: CALVO VÉRGEZ, Juan: “La tributación de las permutas inmobiliarias en el IVA. Especial referencia al cambio de criterio operado por la administración tributaria tras los pronunciamientos de la comisión europea”, *Revista Quincenal Fiscal*, nº 15/2011/16/2011 (BIB 2011, 1228) y PONT MESTRES, Magín: “Un tema todavía discutible: el devengo del IVA en los contratos de permuta de solar por locales”, en *Revista Quincenal Fiscal Aranzadi*, nº 11/2005, págs. 11 a 24.

⁵³² JUR 2014, 266972; JUR 2014, 110036; JUR 2014, 79210; JUR 2013, 305855 y JUR 2013, 61132, respectivamente.

⁵³³ RTEAC de 8 de marzo de 2011 (JT 2011, 401).

⁵³⁴ RJ 2009, 1742 y RJ 2009, 4105, respectivamente.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

La doctrina que admite la equivalencia entre el otorgamiento de la escritura pública y la entrega de la posesión de los departamentos futuros derivada del propio tenor literal del art. 1462.2 CC, consideran que la formalización del instrumento público embebe tanto el título como el modo⁵³⁵, siempre y cuando concurren dos requisitos:

1º) la voluntad inequívoca de los contratantes de que con la escritura pública se transmita automáticamente —además del solar a favor del constructor-cesionario— el dominio de los inmuebles por construir a favor del cedente y

2º) la perfecta y completa determinación del objeto del contrato, aun tratándose de cosas futuras⁵³⁶. Se trata de contrarrestar la inexistencia material de la edificación futura —hecho cierto y objetivo— mediante la admisión de la eficacia jurídica traditoria de la escritura pública en la que se formaliza el negocio jurídico de aportación de solar a cambio de obra futura.

Con esta articulación, el cedente del solar ostentaría un derecho real sobre los departamentos futuros desde el momento de otorgamiento de la escritura pública siempre y cuando concurren los requisitos antedichos.

Para llegar a este resultado, la doctrina favorable a esta concepción utiliza dos vías alternativas:

⁵³⁵ En aquellos supuestos en los que con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública se hubiera suscrito un contrato privado entre las partes huelga decir que éste sería el título, completándose el modo al otorgarse la escritura pública de permuta de solar por obra futura. No en vano, esta escritura pública puede contener con idénticos efectos jurídicos la elevación a público del previo contrato privado.

⁵³⁶ Así SERRANO GÓMEZ, Eduardo: ob. cit., pág. 79.

1º) Atribuir cierta existencia física al piso o local futuro atendiendo a que el solar sobre el que se asentará el edificio a construir ya existe materialmente, sin perjuicio de su ulterior transformación a medida que avance la construcción, operando *ab initio* la tradición instrumental en virtud del art. 1462.2 CC. Esta línea interpretativa abraza los postulados de la reiterada RDGRN de 16 de mayo de 1996 acerca de que el edificio a construir es un «objeto jurídico complejo y en proceso de transformación», implicando poseer de presente sobre el solar, como elemento común del futuro edificio, idéntica cuota que la que se ostentará una vez constituido el régimen de propiedad horizontal sobre los elementos privativos a entregar por el constructor-cesionario. Se trata, en definitiva, de la adquisición progresiva del dominio sobre la parte de la obra futura convenida como contraprestación por aplicación del instituto de la accesión.

2º) Considerar que el futuro departamento posee **existencia jurídico-registral** en atención a las herramientas que proporciona la legislación hipotecaria, pudiendo conseguirse a través de dos cauces:

a) mediante el acceso al Registro de la Propiedad de la escritura pública de permuta de solar por obra futura, una vez se ha constituido el régimen de propiedad horizontal, de conformidad con la situación regulada por el art. 8.5 LH.

b) a través del instituto de la «prehorizontalidad» que se estipula en el art. 8.4 LH, al admitirse la inscripción cuando la construcción de los pisos o locales ha dado inicio e incluso en fase de mero proyecto. En este supuesto, asumiendo la objetiva inexistencia material de la futura edificación, se conviene en dotar a la obra en construcción de «existencia jurídica» posibilitando así su acceso al tráfico jurídico-mercantil. De hecho, es una constante que los inmuebles futuros o en construcción puedan ser objeto de enajenación a un tercero e incluso hipotecarse, de conformidad a lo prevenido en el art. 107.11º LH⁵³⁷.

⁵³⁷ Conforme a este precepto podrán hipotecarse: *Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º*, acogiendo este tenor literal desde la reforma operada por la LPH, de 21 de julio de 1960.

III. REQUISITOS PARA QUE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA PRODUZCA LA TRANSMISIÓN AUTOMÁTICA DE LOS PISOS O LOCALES FUTUROS

III.1. Introducción

Los requisitos para que la escritura pública de permuta de solar por obra futura provoque la automática transmisión de la propiedad de los elementos futuros convenidos a favor del cedente son dos: en primer lugar, la voluntad inequívoca de ambos contratantes respecto a la transmisión actual del dominio a favor del anterior propietario del suelo y, en segundo lugar, la perfecta determinación del objeto futuro.

La concurrencia de ambos requisitos supone para los autores que se adhieren a la corriente que en este capítulo se analiza la justificación de su tesis respecto a la validez de la automática transmisión del dominio de la obra futura a favor del cedente de solar en el momento de otorgarse el instrumento público en el que se formaliza la permuta.

Seguidamente, se profundizará en los dos requisitos expuestos, incidiendo especialmente en el relativo a la determinación del objeto contractual por servir su exposición como núcleo esencial a la hora de asumir o rechazar los efectos jurídico-reales de la escritura pública en la que se formaliza el contrato de aportación a cambio de obra futura.

III.2. Voluntad inequívoca de transmitir la propiedad del objeto futuro

El art. 1462.2 CC aparece sistemáticamente encuadrado en el texto codificado dentro de los preceptos dedicados al contrato de compraventa; en particular, incluido en las obligaciones atribuidas al vendedor, consagrando la tradición instrumental mediante

la cual el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato *si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*⁵³⁸.

Desde luego, nada impide que los contratantes dejen meridianamente claro en la escritura pública que su intención es transmitir la propiedad de los departamentos futuros al cedente del solar desde el mismo momento de su otorgamiento. De esta forma, atendiendo a la intención de las partes, se produciría una doble transmisión, automática y simultánea, de la propiedad: la del solar al cesionario y la de la obra futura convenida al cedente. Los efectos jurídicos vinculantes *inter partes* de la voluntad transmisiva expresada en el contrato son innegables; cuestión distinta es cómo extender *erga omnes* la jerarquía del derecho real de propiedad aunque los departamentos futuros no se hayan comenzado a construir.

La anticipación del consentimiento traslativo puede apreciarse perfectamente en la RDGRN de 16 de mayo de 1996. Recuérdese que en ése concreto supuesto de hecho las partes establecieron en la escritura pública que la promotora inmobiliaria se obligaba a entregar a la parte cedente las cinco fincas que adquiriría *en esa escritura de permuta* en el plazo de dieciocho meses mediante el otorgamiento del correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación. El Centro Directivo entendió que el acta notarial de entrega atendía a la regulación del modo deseada por las partes habiéndose verificado con anterioridad la transmisión simultánea de las fincas futuras a favor del cedente. En concreto, la DGRN reconoció que el derecho de quien compra un piso o local tiene *el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si éste se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1.462 CC)*.

Por consiguiente, deben ser los contratantes quienes de modo terminante y concluyente excluyan los efectos transmisivos en la escritura pública. De hecho, no es

⁵³⁸ Recuérdese que este mismo fragmento del art. 1462.2 CC es en el que también fundamentan su teoría los autores que únicamente reconocen efectos jurídico-obligacionales al contrato pero interpretando que la objetiva inexistencia física de los futuros inmuebles implica que no puedan aparecer descritos en la escritura pública de otra forma que no sea su efectiva inexistencia material.

necesario que la voluntad de las partes se refleje expresamente en el texto del instrumento público pues el propio precepto admite que se constate por deducciones; ahora bien, siendo cierto lo anterior, la voluntad contraria a la eficacia transmisiva debe constar de forma clara y diáfana⁵³⁹. En caso contrario, el efecto jurídico directo derivado del otorgamiento de la escritura pública será siempre la transmisión del dominio.

Se trata, en definitiva, de una anticipación convencional del momento traslativo amparada en la autonomía de la voluntad de las partes; del mismo modo que los contratantes pueden convenir una cláusula de reserva de dominio⁵⁴⁰, posponiéndose hasta el completo pago del precio la plena adquisición de la propiedad por parte del comprador, los seguidores de esta concepción se acogen a la libertad de pactos para preconizar la adquisición adelantada de la propiedad de los elementos futuros.

Evidentemente, la problemática derivada de esta consideración se centra en los efectos que dicho acuerdo traslativo tiene frente a terceros. En este sentido, anticipa DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN⁵⁴¹ que la respuesta no puede ser unívoca, si bien afirma que el convenio surtirá efectos frente a terceros siempre y cuando tales efectos no les resulten perjudiciales.

Sin embargo, existe un sector doctrinal que se muestra tajante a la hora de negar virtualidad a la anticipación del consentimiento traslativo aun poniendo en valor el principio de autonomía de la voluntad. Entre estos autores destaca LARROSA AMANTE⁵⁴² quien se cuestiona si en virtud de la libertad de pactos consagrada en el art. 1255 CC podría afirmarse la validez de la voluntad transmisiva en el momento deseado por los contratantes. Como la citada libertad de pactos está restringida por el respeto a la ley, por imperativo de lo estatuido en los arts. 609, 1095 y 1462 CC, es preceptivo que

⁵³⁹ NAVARRO CASTRO, Miguel: *La tradición...*, ob. cit., págs. 158 y 159, da respuesta a la pregunta acerca de si la voluntad contraria a la equivalencia del art. 1462.2 CC puede deducirse de otros actos de las partes ajenos a la escritura pública. La postura adoptada por este jurista es la validez de otros actos de las partes para constatar la inviabilidad de la equivalencia entre escritura pública y entrega pero siempre y cuando en la escritura quede fiel reflejo de la voluntad contraria.

⁵⁴⁰ Así lo manifiesta SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 497.

⁵⁴¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 883.

⁵⁴² LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: ob. cit., pág. 453.

concurrir título y modo. Si a esto se añade que para entregar una cosa ésta debe existir físicamente, queda excluido todo posible acuerdo de entrega anticipada de la obra futura por conculcar la legislación vigente.

También LÓPEZ FRÍAS⁵⁴³ disiente respecto a la anticipación convencional del consentimiento traslativo, acudiendo al argumento de que el dominio, como derecho real, precisa de su oponibilidad *erga omnes*. Admitir lo contrario sería propio de un sistema consensualista de transmisión de la propiedad. En tal caso, —incide—, requiriéndose la entrega del objeto del contrato para que se complete el fenómeno transmisivo, la voluntad de las partes, por sí sola, no es suficiente para que el mismo opere sin *traditio*. Antes al contrario, los contratantes no pueden voluntariamente excluir el modo del sistema de transmisión de la propiedad vigente, determinando contractualmente cuándo se produce el momento transmisivo, privando a la *traditio* del importante papel que le asigna el ordenamiento jurídico.

Finalmente, sobre este particular cabe hacer mención al art. 13.1 RH, según la redacción atribuida por el RD 1867/1998, sin perjuicio de volver sobre ello con mayor detenimiento en el capítulo específico dedicado al mismo en el presente trabajo, por cuanto este precepto daba una importancia capital a la autonomía de los contratantes para convenir la automática transmisión de la obra futura al suscribirse la escritura pública de permuta: *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....* Sin embargo, este párrafo fue uno de los declarados nulos por la Sala 3ª del TS en su sentencia de 31 de enero de 2001, por los motivos ya esbozados y sobre los que se incidirá igualmente al examinar en profundidad el fallo del Alto Tribunal.

III.3. Determinación del objeto futuro

⁵⁴³ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 58 y 59.

III.3.1. Introducción

La determinación y descripción de la contraprestación a favor del cedente en la escritura pública de permuta de solar por obra futura es el segundo de los requisitos indispensables para que pueda operar la equivalencia que predica el art. 1462.2. CC entre otorgamiento del instrumento público y entrega de la cosa objeto del contrato. La entrega, por cuanto se ha analizado hasta el momento, puede efectuarse mediante tradición material o mediante tradición instrumental. Por razones obvias de inexistencia física, la tradición material de los inmuebles futuros es irrealizable en el sentido del art. 1462.1 CC de *poner en poder y posesión* del *accipiens* el objeto del contrato. Por consiguiente, para cumplir con el modo dentro del *iter* transmisivo habrá que dotar a los departamentos futuros de una cierta «existencia»; habrá que «cosificarlos» de forma que sea posible la *traditio* y así considerar que con la escritura pública se produce una doble y automática transmisión, de solar y de futuros inmuebles, a cesionario y cedente, respectivamente.

Junto a lo anterior, y como ya se ha expuesto, esta corriente pone de relieve el hecho de que el ordenamiento jurídico español acepta formas espiritualizadas de llevarse a cabo la entrega de la cosa así como que la *traditio* admite un *numerus apertus* de mecanismos mediante los cuales puede entenderse entregado el objeto pactado.

Sentado lo anterior, desde el punto de vista jurídico-sustantivo, los preceptos a los que hay que remitirse imperiosamente en relación con la determinación del objeto del contrato en el que se centra esta investigación son el art. 5 LPH —apartados 1 y 2— y el art. 8 LH —apartados 4 y 5—⁵⁴⁴. En relación a este último precepto hay que

⁵⁴⁴ El texto del art. 8 LH conforme al Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la LH era el siguiente, remarcando el punto Tercero que es el que afecta al presente estudio: *Cada finca tendrá desde que se inscriba por primera vez un número diferente y correlativo.*

Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial.

Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número:

Tercero. Las fincas urbanas y los edificios, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.

No obstante, podrán inscribirse, también, como fincas independientes, los diferentes pisos o partes de piso susceptibles de dominio separado de un mismo edificio, cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada y pertenezcan o estén destinados a pertenecer a diferentes dueños, haciéndose constar en dichas inscripciones, con referencia a la inscripción principal,

precisar que el mismo fue reformado precisamente por la LPH, de 21 de julio de 1960⁵⁴⁵, con la finalidad de adaptar el especial régimen de propiedad que entraba en vigor con el sistema registral establecido⁵⁴⁶.

La LPH dedica el art. 5 al título constitutivo de la señalada propiedad especial. En concreto, los párrafos 1º y 2º del referido precepto⁵⁴⁷, establecen la descripción a

el condominio, que como anejo inseparable de su derecho corresponde a cada titular sobre los elementos comunes del edificio a que se refiere el artículo trescientos noventa y seis del Código Civil.

En las inscripciones de esta clase se expresará el valor de la parte privativa de cada propietario en relación con el valor total del inmueble, a los efectos de la distribución de beneficios y cargas.

En la inscripción del solar o del edificio en conjunto, se harán constar los pisos meramente proyectados, así como aquellos pactos, que permitidos por el propio artículo trescientos noventa y seis del Código Civil, modifiquen el ejercicio o contenido de los derechos reales a que el expresado artículo se refiere».

Respecto a los antecedentes del texto de 1946, véase: BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: “Las casas divididas por pisos y el registro de la propiedad”, en *RCDI*, nº 394 y 395, marzo-abril 1961, pág. 417 y ss y “Consideraciones sobre la nueva ley de propiedad por pisos”, en *RGLJ*, págs. 258 y ss. Acerca de la comparación de la anterior normativa con la nueva redacción debe destacarse FUENTES LOJO, Juan V.: *Suma de la propiedad por apartamentos*, Tomo I, 3ª edición, con la colaboración de José Fuentes Lojo y Juan José y Alejandro Fuentes Lastres, Bosch, Barcelona, 1978, págs. 903 y 904 y BATALLA GONZÁLEZ, Manuel: “La ley sobre propiedad horizontal y el registro”, en *RCDI*, mayo-junio 1961, págs. 658 y ss.

⁵⁴⁵ Resulta de interés destacar, según pone de manifiesto LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: “Una paupérrima reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Comentario de urgencia a la Ley 2/1988, de 23 de febrero”, en *La Ley*. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación, nº 2, 1988, pág. 1027, las disfunciones y lagunas de la LPH de 1960, en este caso reveladas en el tiempo que transcurre hasta la reforma introducida en la misma por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, reforma de carácter igualmente insuficiente a juicio del citado jurista. Cabe precisar, no obstante, que la reforma de 1988 se centraba en cuestiones ajenas al objeto del presente estudio como la convocatoria de las Juntas y la declaración formal de la existencia o inexistencia de cargas a la hora de transmitir los pisos y locales.

⁵⁴⁶ Así se hace constar en la Exposición de Motivos de la LPH: *Por último, debe señalarse que la economía del sistema establecido tiene interesantes repercusiones en cuanto afecta al Registro de la Propiedad y exige una breve reforma en la legislación hipotecaria. Se ha partido, en un afán de claridad, de la conveniencia de agregar dos párrafos al artículo octavo de la vigente Ley Hipotecaria, el cuarto y el quinto, que sancionan, en principio, la posibilidad de la inscripción del edificio en su conjunto, sometido al régimen de propiedad horizontal, y al mismo tiempo la del piso o local como finca independiente, con folio registral propio.*

El número cuarto del mencionado artículo octavo prevé la hipótesis normal de constitución del régimen de propiedad horizontal, es decir, la construcción de un edificio por un titular que lo destine precisamente a la enajenación de pisos, y el caso, menos frecuente, de que varios propietarios de un edificio traten de salir de la indivisión de mutuo acuerdo, o construyan un edificio con ánimo de distribuirlo, «ab initio», entre ellos mismos, transformándose en propietarios singulares de apartamento o fracciones independientes. A título excepcional, con el mismo propósito de simplificar los asientos, se permite inscribir a la vez la adjudicación concreta de los repetidos apartamentos a favor de sus respectivos titulares, siempre que así lo soliciten todos ellos.

Y el número quinto del mismo artículo octavo permite crear el folio autónomo e independiente de cada piso o local, siempre que consten previamente inscritos el inmueble y la constitución del régimen de propiedad horizontal.

No obstante existen también detractores de la reforma como CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. IV, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 261 y 262, remarcando la que a su juicio es una poco cuidada reforma de los preceptos hipotecarios a pesar de las escasas normas objeto de la misma.

⁵⁴⁷ Los indicados párrafos del art. 5 LPH se expresan en los siguientes términos: *El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará un número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano.*

En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento inferior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

incluir en el mismo tanto del edificio en su conjunto como de cada uno de los pisos o locales que lo conforman. Esta descripción debe ajustarse a las exigencias de la legislación hipotecaria, requiriéndose que conste en cuanto a la descripción de los apartamentos: *su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano*, además de la cuota de participación de cada piso o local, conforme a las variantes que se recogen en el art. citado⁵⁴⁸.

Por otro lado, el art. 8 LH⁵⁴⁹ regula dos situaciones distintas pero ambas relacionadas con el acceso al Registro de la Propiedad de la propiedad horizontal.

En primer lugar, el art. 8.4 LH⁵⁵⁰ se refiere a la inscripción de edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción ***esté concluida*** o, por lo menos, ***comenzada***. En la descripción del edificio se hará constar igualmente la de todos aquellos pisos o locales que lo componen que cuenten con aprovechamiento independiente, a los que se asignará un número correlativo y la cuota que les corresponda en la comunidad. Además, en la inscripción del solar o del edificio en

⁵⁴⁸ Por lo que atañe al contenido esencial que debe recoger el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, en palabras de PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 181, el contrato de permuta de suelo por obra futura ha de contener un «anticipo de constitución de la propiedad horizontal». Al mismo tiempo, en cuanto a la descripción de los elementos independientes del cedente que conforman la contraprestación a percibir, considera que no es estrictamente necesario que los requisitos de determinación queden recogidos en el mismo cuerpo del contrato sino que, por el motivo que fuere, las partes pueden hacer la especificación *a posteriori*, preservando la forma de la escritura pública para que tenga acceso al Registro de la Propiedad. Un supuesto nada infrecuente es cuando las partes suscriben el contrato sin contar todavía con el proyecto para completarlo ulteriormente, una vez se haya finalizado el mismo y se cuente con la descripción precisa de cada elemento constructivo.

⁵⁴⁹ Para el examen de la evolución de la redacción del art. 8 LH véase BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: *La propiedad de casas por pisos*, 5^a edición, Marfil, Valencia, 1967, págs. 197 a 208 y VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, Antonio: *Derecho de propiedad horizontal*, Bosch, Barcelona, 1980, págs. 118 a 131. Ambos autores repasan la evolución de dicho precepto de la LH desde la Ley de 1939, pasando por las reformas de 1944 y 1946, coexistiendo el mismo con la LPH de 1960. A partir de aquí analizan el sistema español de folio real y la consagración del sistema de apertura de folio especial para cada uno de los pisos o locales que conforman el edificio constituido en propiedad horizontal, manteniéndose la inscripción de la finca matriz para todos los avatares que acontezcan sobre la misma y que sean de interés para el total del inmueble así como del resto de los pisos o locales que carezcan de folio especial.

⁵⁵⁰ El art. 8.4 LH establece que: *Se inscribirán como una sola finca bajo el mismo número: 4. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada.*

En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados.

Se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad.

La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales.

conjunto se harán constar los pisos **meramente proyectados**, efectuándose la inscripción a nombre del propietario único o de todos los titulares de los pisos o locales.

Este precepto es de importancia capital en la presente investigación por cuanto determina el acceso registral de las situaciones denominadas de «prehorizontalidad», las cuales, como se verá a continuación, sirven de base a los seguidores de esta concepción para entender perfectamente delimitados los departamentos futuros y, por consiguiente, defender que el cedente posee un derecho real sobre los mismos desde el mismo momento en el que se suscribe el contrato de aportación de solar por obra futura, siempre y cuando se formalice en escritura pública.

En segundo lugar, el art. 8.5 LH⁵⁵¹ se refiere a la inscripción del edificio y de los distintos pisos o locales en que se divide cuando ya se ha constituido e inscrito con carácter previo el régimen de propiedad horizontal.

El cauce ortodoxo⁵⁵² de acceso al Registro de la Propiedad de las situaciones descritas anteriormente es la escritura pública de declaración de obra nueva en construcción conforme a lo estipulado en el art. 28.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana⁵⁵³ y en los arts. 45 y ss. del RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la LH sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, de modo y manera que la constitución de la división horizontal puede

⁵⁵¹ Por su parte, el art. 8.5 LH determina que: *Se inscribirán como una sola finca bajo el mismo número: 5. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen.*

⁵⁵² Al respecto de cuáles son los pasos que se siguen generalmente para llevar a cabo una promoción inmobiliaria desde el punto de vista jurídico-administrativo puede consultarse PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 181 y 182 y SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 693 y ss.

⁵⁵³ La dicción del citado precepto es la que sigue: *Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.* El Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, ha aprobado el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, entrando en vigor el día 31 de octubre de 2015.

hacerse simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública que recoja la declaración de obra nueva o con posterioridad a la misma⁵⁵⁴.

En definitiva, el requisito de la determinación del objeto para quienes se postulan a favor de la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta está directamente conectado con el estudio de las distintas formas mediante las cuales el contrato objeto del presente estudio accede al Registro de la Propiedad⁵⁵⁵ y que se proceden a analizar en los próximos apartados.

III.3.2. Inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad antes de la división horizontal del edificio

III.3.2.1. Cuestiones generales

El sector doctrinal que se decanta por atribuir efectos jurídico-reales a la escritura pública de permuta de solar por futura edificación recurre para investir de sustrato físico al inmueble futuro a cuestionarse cuándo puede sostenerse que la construcción ha comenzado. El sustento en la norma positiva lo hallan en el art. 8.4 LH al admitir este precepto el acceso al Registro de la Propiedad, como una sola finca, de *los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada*. De hecho, el citado art., al referirse a cómo ha de recogerse en los libros registrales la descripción de los futuros departamentos junto a la descripción del

⁵⁵⁴Dentro de los preceptos que el RD 1093/1997, de 4 de julio, dedica a las declaraciones de obra nueva, interesa incidir a los efectos del presente trabajo en el art. 45 de la norma citada: *Los edificios o mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria. A tal efecto, deberá constar en los mismos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente*. Al mismo tiempo, tiene incidencia también en el contenido de esta investigación el art. 47 del antedicho RD por cuanto especifica que se hará constar mediante nota marginal la finalización de la obra en virtud del certificado técnico que verifique la conclusión de la obra y su ejecución conforme al proyecto. Interesa destacar sobre la inscripción de la declaración de obra nueva contenida en el RD 1093/1997 el trabajo de GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “Urbanismo: Comentarios al RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)”, en *RCDI*, nº 645, marzo-abril 1998, págs. 317 y ss.

⁵⁵⁵ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 171, afirma que, en todo caso, el contrato de permuta de solar por obra futura accede al Registro de la Propiedad a través de «vías indirectas», ya sea con la inscripción de la transmisión del solar a favor del cesionario en virtud del contenido de los arts. 10 y 11 LH, ya sea mediante la constitución del régimen de propiedad horizontal, poniéndose de relieve en ambos casos la importancia de los principios registrales.

solar o edificio en su conjunto, admite la inscripción de los *pisos meramente proyectados*, acorde a la práctica habitual de configuración y desarrollo de una promoción inmobiliaria.

En efecto, alcanzar una acepción unívoca de lo que debe entenderse por *construcción comenzada* significaría contar con mayor seguridad jurídica⁵⁵⁶ en orden a discernir si podría ser viable la transmisión de la edificación futura con el otorgamiento de la escritura pública de permuta. El avance que se predica deviene de la llamada que en este concreto estado de la cuestión ha de hacerse al elemento sociológico como criterio hermenéutico de interpretación de las normas, integrado en el art. 3.1 CC⁵⁵⁷. En este sentido hay que hacer hincapié en el hecho de que la edificación es hoy en día un universo que abarca multitud de relaciones jurídicas de notable complejidad y en el que la práctica comercial está impregnada de ciertos comportamientos que no pueden soslayarse⁵⁵⁸. Y así, dentro de las variopintas e infinitas conductas que las partes pueden adoptar en virtud de la autonomía de la voluntad, nadie discute la extensión y virtualidad de la compraventa de inmuebles sobre plano muy utilizada en España desde el boom inmobiliario de los años sesenta del pasado siglo. La realidad del día a día, en conexión con imperiosas necesidades financieras, aboca a anticipar todo lo posible la

⁵⁵⁶ Al argumento de la seguridad jurídica acude también LOSCERTALES FUERTES, Daniel: *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, 7ª edición, Sepín, Madrid, 2005, pág. 376, para quien la prehorizontalidad como posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad se fundamenta en dar cobertura jurídica a un simple proyecto de construcción en aras de dotar a esta situación de seguridad jurídica, con la consiguiente información ante terceros.

⁵⁵⁷ La Exposición de Motivos de la LPH es una prueba irrefutable de ello: *Si en términos generales toda ordenación jurídica no puede concebirse ni instaurarse a espaldas de las exigencias de la realidad social a que va destinada, tanto más ha de ser así cuando versa sobre una institución que como la propiedad horizontal, ha adquirido, sobre todo en los últimos años, tan pujante vitalidad, pese a no encontrar más apoyo normativo que el abiertamente insuficiente representado por el artículo 396 del Código Civil. La presente Ley pretende, pues, seguir la realidad social de los hechos.*

[...]

Por último, debe señalarse que la economía del sistema establecido tiene interesantes repercusiones en cuanto afecta al Registro de la Propiedad y exige una breve reforma en la legislación hipotecaria. Se ha partido, en un afán de claridad, de la conveniencia de agregar dos párrafos al artículo 8 de la vigente Ley Hipotecaria, el cuarto y el quinto, que sancionan, en principio, la posibilidad de la inscripción del edificio en su conjunto, sometido al régimen de propiedad horizontal, y al mismo tiempo la del piso o local como finca independiente, con folio registral propio.

El número cuarto del mencionado artículo 8 prevé la hipótesis normal de constitución del régimen de propiedad horizontal, es decir, la construcción de un edificio por un titular que lo destine precisamente a la enajenación de pisos y el caso, menos frecuente, de que varios propietarios de un edificio traten de salir de la indivisión de mutuo acuerdo, o construyan un edificio con ánimo de distribuirlo, “ab initio”, entre ellos mismos, transformándose en propietarios singulares de apartamento o fracciones independientes. A título excepcional, y con el mismo propósito de simplificar los asientos, se permite inscribir a la vez la adjudicación concreta de los repetidos apartamentos a favor de sus respectivos titulares, siempre que así lo soliciten todos ellos.

Y el número quinto del mismo artículo 8 permite crear el folio autónomo e independiente de cada piso o local, siempre que consten previamente inscritos el inmueble y la constitución del régimen de propiedad horizontal.

⁵⁵⁸ Este avance ya lo puso de manifiesto GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, César: “La situación de prehorizontalidad...”, ob. cit., pág. 926.

suscripción de un contrato privado, describiéndose en el mismo el futuro piso o local a construir y a entregar por el promotor. Mediante esta vía el profesional del sector inmobiliario puede contar rápidamente con flujos de dinero para financiar progresivamente la construcción procedentes de las entregas a cuenta del precio final que realizan los adquirentes. De hecho, no es extraño que incluso con la simple existencia de un anteproyecto edificatorio se empiece la comercialización de los futuros inmuebles⁵⁵⁹.

Sentado todo lo anterior, se desemboca en el estudio de la denominada «prehorizontalidad», de importancia nuclear en la materia relativa a la transmisión de la propiedad del contrato objeto de la presente investigación.

III.3.2.2. La prehorizontalidad

III.3.2.2.1. Concepto

Con el término «prehorizontalidad» se hace referencia a todas aquellas situaciones jurídicas que, necesariamente, acabarán convergiendo en la constitución del régimen de propiedad horizontal⁵⁶⁰ por expreso deseo de las partes y en el que se observa nítidamente un período intermedio que se desarrolla desde la redacción del proyecto de edificación o con el inicio de las obras hasta la constitución del régimen de

⁵⁵⁹ Hay autores que van más lejos en cuanto al momento inicial de comercialización de los futuros inmuebles por parte del promotor inmobiliario y que dejan constancia de supuestos nada extraños en la *praxis*. Así, GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “La situación de prehorizontalidad...”, ob. cit., págs. 930 y 931, sostiene que los edificios en construcción son objeto de tráfico jurídico a la vista de los simples planos, memoria y proyecto de construcción —situación nada atípica, por lo demás—. Ahora bien, este autor hace mención de supuestos en los que se comienzan a suscribir contratos privados sobre los futuros inmuebles tratándose de meros anuncios publicitarios o, incluso, antes de que el promotor o constructor tenga plenamente legalizada jurídicamente la situación del solar sobre el que se asentará el edificio.

⁵⁶⁰ ROCA SASTRE, Ramón M^º y otros: ob. cit., Tomo V, pág.64, recuerdan que la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la LPH, modificó el art. 2 b) del mencionado cuerpo legal de tal forma que es plenamente aplicable a las situaciones de prehorizontalidad. El referido tenor literal del art. 2 b) LPH es el que sigue: *Esta Ley será de aplicación: A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal.*

Estas comunidades se regirán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

propiedad horizontal, paréntesis de tiempo⁵⁶¹ en el que se configura un complejo entramado de relaciones contractuales. Si bien es cierto que la LPH está inspirada en un edificio totalmente finalizado y en funcionamiento, la realidad de la práctica jurídica revela que no siempre se evidencian situaciones que son cien por cien enmarcables dentro de la esfera jurídica de la referida Ley sino que por aproximación merecen de especial atención por la misma⁵⁶².

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN⁵⁶³ define esta situación como «aquella situación jurídica que aparece como previa a la plena y perfecta constitución de la propiedad horizontal o propiedad de casas por pisos. En términos generales se puede caracterizar la prehorizontalidad como una situación jurídica en la cual el régimen jurídico de la propiedad por pisos o apartamentos o de propiedad horizontal no ha llegado todavía a constituirse plenamente, con todos los requisitos exigidos para ello por el ordenamiento jurídico, pero en la cual de algún modo puede decirse que se encuentra ya formada o declarada la voluntad de los interesados de llegar a establecer la propiedad horizontal y además se ha iniciado el *iter* jurídico necesario para conseguirlo».

⁵⁶¹ Las situaciones de prehorizontalidad se caracterizan por su temporalidad según refrenda ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., págs. 628 a 630.

⁵⁶² MEDINA DE LEMUS, Manuel: *Derecho de propiedad horizontal y multipropiedad*, Cálamo, Barcelona, 2001, pág. 79, afirma que en la realidad no siempre se dan «estos fenómenos químicamente puros», considerando que uno de estas situaciones es precisamente la permuta de suelo por edificación futura, además del derecho de superficie y el derecho de sobre y subedificación.

⁵⁶³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “La llamada prehorizontalidad y su proyección registral”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1978, pág. 137. ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “Urbanismo...”, ob. cit., págs. 65 y 66, diferencia tres situaciones de prehorizontalidad: aquéllas que nacen de la existencia de un edificio carente de condiciones jurídicas o físicas apropiadas para el funcionamiento perfecto de la comunidad en propiedad horizontal; la prehorizontalidad desde el punto de vista de los problemas que suscita la transmisión de pisos y locales con anterioridad al otorgamiento del título constitutivo y, por último, la contemplada desde la perspectiva de la constitución de situaciones jurídicas de comunidad o cotitularidad que faciliten la edificación. Por su parte, GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “La situación de prehorizontalidad...”, ob. cit., págs. 926 a 930, añade: «Es una situación en la que el régimen jurídico de la propiedad por pisos o apartamentos o de PH no ha llegado todavía a constituirse plenamente, con todos los requisitos exigidos por el Ordenamiento jurídico, pero en la que, de algún modo, puede decirse que se encuentra ya alarmada o declarada la voluntad de los interesados de llegar a establecer la propiedad horizontal y, además, se ha iniciado el *iter* jurídico necesario para conseguirlo». La esencia de la prehorizontalidad —suscribe— radica en el hecho de que el edificio, aun sin existir físicamente, está abocado a pertenecer a los futuros compradores en virtud de los negocios jurídicos de atribución patrimonial que lleven a efecto con el vendedor, de tal forma que se convierten en cotitulares potenciales de los mismos, deviniendo la situación como merecedora de regulación *ad hoc*. Junto a ello, sostiene que no cabe trazar una tajante línea divisoria entre la prehorizontalidad y la PH como si ambas situaciones fueran completamente independientes. La primera situación ya está vocada *ab initio* a la segunda, de la que supone un «simple estado transitorio: a través de sucesivas etapas —más o menos correlativas a los distintos estadios de la construcción— se llegará a la constitución perfecta y completa del régimen de PH». El punto de partida es la consideración del especial objeto sobre el que recae «el edificio susceptible de aprovechamiento independiente por pisos o locales», desde que es un simple solar y en razón de su vinculación a dicho régimen, convirtiéndose en su sustrato o centro de imputación de las normas que integran y tipifican la propiedad horizontal, que también deben aplicarse *ab initio*. Ello requerirá el oportuno esfuerzo legislativo, para que quede regulado todo el proceso genético de esta especial forma de propiedad.

MEDINA DE LEMUS⁵⁶⁴ deja patente que los elementos de la propiedad horizontal son tres: el «volitivo», consistente en la decisión del dueño del inmueble de constituir la propiedad horizontal; el «material», relativo a las características propias que debe reunir el edificio para adecuarse al citado régimen especial y, por último, el «formal», referente a la necesidad de un título constitutivo de la reiterada propiedad. En los supuestos en que se carezca de alguno de los apuntados elementos, aun dándose los otros dos, existirá una situación de prehorizontalidad⁵⁶⁵.

Expuesto cuanto antecede, surgen las diatribas doctrinales en orden a determinar el momento exacto a partir del cual ha de entenderse comenzada la construcción, con el horizonte puesto en acceder lo antes posible a la protección tabular⁵⁶⁶.

III.3.2.2.2. Fijación del momento de la «construcción comenzada».

El debate sobre el momento efectivo a partir del cual puede considerarse que la construcción ha «comenzado» ha dividido a la doctrina científica, evidenciándose dos interpretaciones diferentes respecto a la expresión contenida en el art. 8.4 LH: por un lado, quienes defienden que la construcción ha de haber comenzado en sentido «físico», posición absolutamente apegada a la evidencia de un inicio tangible o material de las obras y, por otro, la consideración de que las obras han comenzado en sentido «técnico», concepción que se retrotrae temporalmente con respecto a la anterior a la existencia de un proyecto arquitectónico y a la posesión de la licencia de obras que permita iniciar la edificación.

III.3.2.2.2.1. Construcción comenzada en sentido «material»

⁵⁶⁴ MEDINA DE LEMUS, Manuel: *Derecho de propiedad horizontal...*, ob. cit., pág. 80.

⁵⁶⁵ La RDGRN de 3 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1300) admite también la prehorizontalidad en las situaciones denominadas de «propiedad horizontal tumbada».

⁵⁶⁶ CHICO Y ORTIZ, José M^a: “Tres momentos de la Legislación Hipotecaria Española”, en *RCDI*, nº 542, enero-febrero 1981, se hacía eco décadas atrás del «problema acuciante» —entre otros— que representa la prehorizontalidad en la práctica registral, sugiriendo centrarse en la seguridad a proporcionar al adquirente en el momento en que el promotor obtiene el crédito hipotecario de la entidad financiera o de los particulares a través de las cantidades entregadas a cuenta por éstos.

Un sector doctrinal afirma que para que se pueda entender que la construcción ha dado comienzo es preciso que el edificio se haya iniciado, al menos, en lo que en pura técnica constructiva son los primeros trabajos de excavación con la finalidad de preparar los cimientos sobre los que se asentará la futura construcción.

Esta opción fue la adoptada en el I Simposio sobre la Propiedad Horizontal⁵⁶⁷ organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la zona de Levante, decantándose por considerar comenzada la construcción cuando la obra se eleve sobre la rasante, esto es, por encima del nivel de la calle.

Con posterioridad, dentro del III Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en San Juan de Puerto Rico en 1977⁵⁶⁸, las conclusiones y recomendaciones de la Comisión II, encargada del estudio de la propiedad horizontal y del estado de prehorizontalidad, no consiguen alumbrar con claridad las soluciones al respecto de la problemática de la prehorizontalidad que se da cada vez más en la práctica unida al desarrollo de los complejos inmobiliarios. No obstante, sí queda meridianamente claro que ha de acudir a remedios registrales para proteger tanto la situación jurídica del titular del dominio del suelo como la de los adquirentes en fase de prehorizontalidad pero con escasa contundencia ni fijación del mecanismo necesario al afirmar: «Se recomienda, asimismo, la instrumentación de los medios registrales suficientes para que, en la fase de prehorizontalidad, los adquirentes de elementos privativos accedan a la publicidad registral, de forma que los efectos de la misma puedan evitar la realización de actos o negocios jurídicos en perjuicio de sus legítimos intereses».

El principal problema con que se encuentra esta concepción es el hecho de que, cualquiera que sea el momento de inicio efectivo de las obras que se escoja, generará un importante grado de incertidumbre debido a lo complejo y variado del proceso de edificación y del amplio abanico de opiniones que se pueden generar al respecto, sin

⁵⁶⁷ I Simposio sobre Propiedad Horizontal organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la zona de Levante, 1972, pág. 50.

⁵⁶⁸ Véanse las conclusiones y recomendaciones del referido Congreso en *RCDI*, nº 524, enero-febrero 1978, págs. 63 y 64.

argumentos contundentes para rebatir el por qué es mejor un momento de inicio de las obras con respecto a otro⁵⁶⁹.

Obsérvese la dificultad de fijar un momento exacto de comienzo de las obras; por un lado, la circunstancia de que el edificio se eleve sobre la rasante puede asimilarse a la colocación del primer ladrillo o a cualquier otro acto parangonable dentro del ambiguo concepto de «elevación sobre la rasante»; por otro lado, el acogimiento de esta tesis conlleva aceptar la ejecución de una parte importante de las obras con carácter pretérito debido a que, habitualmente, toda edificación engloba —incluso por las propias exigencias de la normativa urbanística— la construcción en el subsuelo de plantas de sótanos o garajes, con lo que alcanzar el nivel de la rasante implica un margen de tiempo considerable hasta que se puede entender como comenzado el proceso constructivo. De hecho, otra variable de configuración del contrato de aportación de solar por obra futura que podría existir en la práctica es la situación en la que se cede el solar para ejecutar exclusivamente un garaje subterráneo, siendo la contraprestación del cesionario entregar al anterior dueño del suelo determinadas plazas de garaje, las cuales, obviamente, estarán siempre bajo rasante.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE⁵⁷⁰ reivindica como momento óptimo para considerar comenzada la construcción, el momento en el que el edificio está «cubierto de aguas», expresión empleada en el argot constructivo, evitándose así que concurran en una misma edificación pisos meramente proyectados con pisos ya comenzados. Lo contrario —a su juicio— supondría provocar la inscripción de un derecho real recayente sobre «la nada». Para este autor resulta esencial encuadrar físicamente el espacio cúbico sobre el que se realizan las obras de edificación, requiriéndose los elementos comunes que lo originan: los muros, armaduras y carreras de pisos o el piso propiamente dicho.

⁵⁶⁹ *MEMENTO PROPIEDAD HORIZONTAL 2012-2013*, Francis Lefebvre, Madrid, 2012, pág. 23, expresa que, en el caso de acoger la «construcción comenzada» en su acepción material o física se estaría ante «un callejón sin salida», surgiendo la cuestión de si es suficiente que se haya comenzado a excavar el terreno, o será necesario que se haya ejecutado la cimentación, o si el comienzo ha de imputarse a un hito posterior como la construcción sobre rasante, etc. En el mismo sentido FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: «¿Existen Propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?», en *ADC*, enero-marzo 1978, págs. 20 y 21, aunque este autor sí admite como «propiedad horizontal *de facto*» al edificio en construcción.

⁵⁷⁰ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 265.

III.3.2.2.2. Construcción comenzada en sentido «técnico». Existencia jurídica de los inmuebles

Una segunda vertiente mantiene la opinión de que la edificación debe entenderse comenzada sin que se haya iniciado la ejecución material de las obras sino una vez confeccionado el proyecto arquitectónico y obtenidas las preceptivas licencias administrativas que posibilitan iniciar la edificación.

CÁMARA ÁLVAREZ⁵⁷¹ es considerado como el precursor de la corriente de la construcción comenzada en «sentido técnico». Para este jurista, la arbitrariedad del concepto «construcción comenzada» de la LH provoca resultados absurdos y para solventarlos propone que dicha acepción se entienda en un sentido «técnico» y no «físico»⁵⁷². Esta teoría es defendible al tratarse de una construcción futura de elevación de una edificación en propiedad horizontal, de tal forma que, el objeto de dicha propiedad no es únicamente el piso sino un objeto complejo: el susceptible de aprovechamiento independiente más una cuota de los elementos comunes entre los que está el solar sobre el que se levanta la construcción; solar que es un objeto presente y no futuro. Así entendido, al constituirse la propiedad horizontal, especificándose la cuota que sobre la parte del solar —como elemento común— corresponde a cada inmueble

⁵⁷¹ CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “Modalidades en la constitución...”, ob. cit., págs. 176 y ss. Entre los autores que señalan a CÁMARA ÁLVAREZ como el creador de esta corriente aparecen: LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 51 y 52; ZURILLA CARIÑANA, M^a Ángeles: ob. cit., págs. 25, 39 y 45; SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: “El apogeo de la permuta...”, ob. cit., pág. 1681; MATHEU DELGADO, José Arturo: *Derechos de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 180; LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: ob. cit., pág. 448; MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: ob. cit., pág. 5; GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “La situación de prehorizontalidad...”, ob. cit., pág. 929; LASO MARTÍNEZ, José Luis: “La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990”, en *RCDI*, n^o 601, noviembre-diciembre 1990, págs. 539 y 540; ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa...*, ob. cit., pág. 285; ROCA SASTRE, Ramón M^a y otros: ob. cit., Tomo V, pág.62; ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco Manuel: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Coordinador: Rodrigo Bercotitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 111; RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M^a: “Conflicto entre el permutante...”, ob. cit., pág. 8; ARNAIZ EGUREN, Rafael: “Urbanismo...”, ob. cit., pág. 66 y MONET Y ANTÓN, Fernando: ob. cit., pág. 11, para quien el piso proyectado por su propia naturaleza fáctica implica: «cosa que se produce o genera paulatinamente en el tiempo y a costa del constructor. No surge al plano de lo existente en un solo acto o tiempo y sin la intervención de nadie, sino que va cobrando existencia progresivamente, a lo largo de un lapso de tiempo, generalmente más largo que corto, cumpliendo un ritmo de trabajo y de obra de considerable importancia y que deriva de un sujeto de Derecho». En relación con lo anterior, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: “¿Existen...”, ob. cit., pág. 19, distingue entre «edificio simple o meramente proyectado», entendiendo por tal la obra o fábrica destinada a habitación o usos análogos o a locales de industria o negocio, esbozada o bosquejada en un plano y «piso o local proyectado», el cual, puede consistir bien en la representación gráfica, sobre plano, del proyecto o idea de que va a formar parte o bien en un edificio que ya se empezó a construir pero que no está finalizado porque le falta alguna planta. El argumento que utiliza el autor para la distinción es que en el primer caso todo está en proyecto mientras que en el segundo lo que está proyectado es el piso o local de que se trate, incluido en un edificio que ya se encuentra en construcción.

⁵⁷² CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “Modalidades en la constitución...”, ob. cit., pág.178. Por la importancia que atesora, se transcribe literalmente lo sostenido por el autor, sustentado por buena parte de la doctrina científica como se ha señalado anteriormente: «Para orillar los absurdos resultados a que conduce una interpretación excesivamente literal de la Ley, nosotros nos atrevemos a sugerir que la expresión «construcción comenzada» no se entienda en un sentido rigurosamente físico, sino más bien técnico; y en este orden de cosas, a nuestro juicio, puede decirse, sin pecar de inexactos, que la construcción se inicia con la confección del proyecto y la obtención de las licencias necesarias. Cumplidos estos trámites —ciertamente fundamentales—, puede decirse, sin faltar a la verdad, que la construcción ha comenzado».

proyectado, en puridad no podría sostenerse que el piso a construir sea una cosa futura íntegramente. Para refrendar esta tesis, el referido autor se apoya en el propio art. 8.4 LH al permitir la inscripción de los pisos meramente proyectados a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de los pisos o locales⁵⁷³.

VÁZQUEZ-BOTE⁵⁷⁴, apoyándose en la tesis de CÁMARA ÁLVAREZ, considera que la expresión «edificio proyectado» no se refiere específicamente al ideado por el arquitecto, lo que nunca sería cosa como tal, sino a su conversión en algo plástico que no es más que el polígono de aire que recogerá al edificio construido. El *accipiens* — suscribe este jurista— adquiere un objeto que se modifica en parte al sustituirse unos materiales por otros ya que la columna de aire que significa el solar, se extiende al vuelo y al subsuelo como objetos del derecho de propiedad.

Esta línea es seguida también por GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA⁵⁷⁵ en su interés por proteger al cedente del solar mediante una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, abogando porque una vez inscrito el edificio proyectado en el folio registral del solar, se inscriban también obligatoriamente como fincas independientes los pisos o departamentos proyectados o en construcción.

⁵⁷³ CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: “Modalidades en la constitución...”, ob. cit., págs. 176 y 177. Resulta de interés hacer constar la matización que el autor efectúa respecto al hecho de que el edificio proyectado admite un doble sentido. Como edificio cuya construcción está todavía sin definir o como edificio cuya construcción ya está definida. La frontera entre una u otra consideración se encuentra en que en el segundo caso existe un proyecto que ha sido aprobado por las autoridades administrativas competentes además de que sobre un edificio definido puede hablarse de propiedad horizontal sin ambages mientras que en el primer supuesto simplemente se está en presencia de un objeto futuro.

⁵⁷⁴ VÁZQUEZ-BOTE, Eduardo: ob. cit., págs. 256 y ss. Es sumamente interesante la reflexión del autor en torno a su defensa de la posibilidad de que el edificio proyectado como polígono de aire sea objeto de un derecho real, argumentando que la delimitación del objeto en tres dimensiones es fruto de la convención humana, siendo susceptible de valoración económica. De hecho, es absolutamente cierta su aseveración respecto a que sobre los edificios en construcción el promotor inmobiliario atribuye un precio diferente dependiendo de la futura orientación o altura que vaya a tener el concreto piso o local.

⁵⁷⁵ GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “La protección registral...”, ob. cit., pág. 311. También en su artículo: “La situación de prehorizontalidad ...”, ob. cit., págs. 941 a 944, considera necesario advertir que tanto la palabra «proyectado» como la palabra «comenzado» son ambiguas y admiten matizaciones. La expresión «construcción comenzada» puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico. Técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y aprobación del proyecto por las autoridades administrativas competentes. Asimismo, desde el campo registral, es de ver que el Registro otorga protección a situaciones interinas, provisionales o en formación, con la única condición de que la situación o titularidad definitiva a que se encaminan sea de naturaleza jurídico-real inmobiliaria. Se trata de proteger derechos reales potenciales, no definitivamente consolidados pero sí definidos sobre la cosa. No puede decirse que implique una desviación o desnaturalización de la misión del Registro de la Propiedad pues el Derecho y el Registro para cumplir su función y adaptarse a la realidad social circundante han de tener en cuenta la existencia en la realidad de situaciones provisionales de gestación de futuras titularidades plenas que necesitan, precisamente para llegar a término y alcanzar existencia perfecta, de la publicidad y protección registral.

Como indica PLANA ARNALDOS⁵⁷⁶, el art. 8.4 LH está permitiendo *de facto* la inscripción de edificaciones y pisos futuros, asegurando que desde la formulación del concepto de «construcción comenzada» efectuada por CÁMARA ÁLVAREZ se admite sin ambages el «sentido técnico», entendido como que la construcción se ha iniciado cuando el proyecto se ha elaborado y ha sido aprobado por las autoridades administrativas competentes. Por tanto, viene a considerarse que el inmueble futuro torna en un bien con existencia jurídica que puede ser objeto de tráfico jurídico.

Así, sobre la posibilidad de que las piezas futuras proyectadas sean susceptibles de transmisión se pronuncia también ZURILLA CARIÑANA⁵⁷⁷ resaltando que «la inexistencia de «objetos reales» no impide su tráfico como objetos de derechos reales, en la medida en que la inscripción registral puede sustituir normalmente las funciones de la posesión-tradición». De hecho, de forma bastante gráfica esta autora sostiene que lo único que los adquirentes no podrán hacer en este estado de cosas es «vivir en los pisos pero podrán enajenarlos o hipotecarlos como objetos de tráfico jurídico».

Inciendiando sobre las ideas antedichas se pronuncia igualmente FERRANDO NICOLAU⁵⁷⁸. Esta autora afirma que la «existencia» debe relacionarse con la «utilidad» que define a dicho objeto, pudiendo darse por cumplido el requisito de la existencia cuando satisface el «interés» de su titular. En el concreto ámbito de la venta de inmuebles sobre plano —describe—, si el dueño de un solar pretende construir y comenzar a vender los mismos sobre plano, contando con proyecto autorizado y las correspondientes licencias, no será exigible un mayor grado de existencia al edificio.

Para LÓPEZ FRÍAS⁵⁷⁹ se impone también la tesis de CÁMARA ÁLVAREZ de otorgar sentido técnico y no estrictamente físico a la «construcción comenzada» siendo posible su inscripción cuando existe el proyecto y el mismo ha sido aprobado

⁵⁷⁶ PLANA ARNALDOS, Carmen: “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar...”, ob. cit., pág. 2115 y en *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 169.

⁵⁷⁷ ZURILLA CARIÑANA, M^a Ángeles: *La garantía real y la propiedad horizontal*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 27.

⁵⁷⁸ FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La permuta del suelo...”, ob. cit., págs. 54 y 55.

⁵⁷⁹ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 49, 51 y 52.

administrativamente. La citada tratadista admite que es necesario que el objeto a transmitir esté determinado y de alguna forma sea existente pero sin que la existencia material del objeto «tenga que ir obligadamente referida a un sustrato material o tangible del mismo». Asevera que esta interpretación aparece reforzada por el art. 37.2 LS⁵⁸⁰ que dispone que para autorizar e inscribir una declaración de obra nueva en construcción es suficiente acreditar el otorgamiento de la licencia de obras y presentar certificación de técnico competente de que la obra descrita se ajusta al proyecto. Su conclusión, a resultas de lo estatuido en el referido precepto es que no se exige que la edificación haya comenzado «de hecho» para inscribir una obra nueva en construcción⁵⁸¹.

ESPEJO LERDO DE TEJADA⁵⁸² no considera necesario que los contratantes lleguen a tanta determinación como la que se establece en el art. 8.4 LH en el caso de que las partes hayan previsto una comunidad sobre el suelo o sobre el edificio y proceden a fijar sus cuotas; ni siquiera esto último es preceptivo si dichas cuotas pueden calcularse o deducirse, aplicándose, en su defecto, la presunción de igualdad que recoge el art. 393.2 CC. En cualquier caso, la opinión del citado tratadista será tratada en profundidad en el capítulo relativo al examen de la reforma del art. 13 RH, introducida por el RD 1867/1998.

⁵⁸⁰ Se refiere al artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, vigente en el momento en el que publica la obra de LÓPEZ FRÍAS, el cual, tenía el siguiente tenor literal: *Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escritura de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras.* Nótese como este texto no difiere del actualmente vigente contenido en el art. 28.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 31 de octubre: *Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.*

⁵⁸¹ Con LÓPEZ FRÍAS viene a coincidir LUQUE JIMÉNEZ, M^a Carmen: “El control registral de la edificación”, en *RCDI*, nº 720, agosto, 2010, pág. 1728 y 1729, en cuanto a lo suscrito respecto al art. 37.2 de la Ley del Suelo de 1992, del que resulta el diferente tratamiento entre obra nueva comenzada y en construcción y obra nueva finalizada. Aduce que la importancia en la práctica edificatoria de «comenzar las transacciones inmobiliarias de edificación aun en fase constructiva, hace necesario, a la par que muy conveniente, su acceso al Registro de la Propiedad de forma que los adquirentes puedan tener inscritos sus derechos y gozar de las presunciones y protección que les brinda el Registro». De ahí que tanto el art. 8 LH, el art. 308 RH así como la RDGRN de 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6941), admitan la inscripción de obras comenzadas, «dando cobertura a las denominadas situaciones de prehorizontalidad».

⁵⁸² ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., pág. 12.

Desde luego, no cabe duda de que el hecho de decantarse por considerar la obra comenzada cuando se ha confeccionado y aprobado administrativamente el proyecto reviste gran importancia al permitir determinar con exactitud el momento en que la construcción se entiende iniciada frente a la teoría que se basa en la construcción comenzada en sentido «físico». De hecho, se ha terminado por asimilar en la práctica construcción «comenzada» a construcción «proyectada», si bien, de entre los propios autores que propugnan la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta de solar por obra futura surgen dudas acerca de la consistencia de esta asimilación como se observa en CARRASCO PERERA⁵⁸³ para quien realmente se trata de una interpretación *contra legem* que permite la inscripción de escrituras de declaración de obras nuevas totalmente inexistentes.

Sentado lo anterior, la corriente doctrinal favorable a la interpretación de la construcción comenzada en sentido técnico entiende más acorde con la práctica habitual el hecho de dotar a las fincas de cierta realidad mediante el recurso a considerar su «existencia jurídica»⁵⁸⁴ con carácter previo a su advenimiento como realidad física o tangible una vez que los departamentos acceden al Registro de la Propiedad tras la constitución del régimen de propiedad horizontal. Ciertamente concurren poderosas razones acordes con el tráfico jurídico-inmobiliario en apoyo de esta concepción. Así resulta indubitado que las piezas futuras de edificación que han alcanzado su constancia tabular pueden ser objeto de transmisión a terceros incluso ser gravadas por sus titulares.

Sobre lo anterior ARNAU MOYA⁵⁸⁵ concluye que mediante la división horizontal queda determinado el objeto de las piezas en construcción y la situación en la que cabe conceptualizarlas a partir del momento de su constitución sería la de «no futuridad» sino la de existencia del objeto en sí mismo considerado, virtualmente transmisible con carácter actual en virtud de la tradición instrumental. Llegado a este punto y practicada la

⁵⁸³ CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario a la Resolución...”, ob. cit., pág. 70.

⁵⁸⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., pág. 171, denomina a esta opción como «existencia registral», concluyendo que es la postura más funcional.

⁵⁸⁵ ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 666.

inscripción correspondiente —prosigue— «no tendría por qué haber dudas sobre la propiedad» de los pisos y locales, máxime cuando ya es posible constituir una hipoteca sobre ellos, de conformidad con el apartado 11 del art. 107 LH⁵⁸⁶.

Por su parte, LANZAS MARTÍN⁵⁸⁷ defiende que el art. 8 LH, en sus párrafos 4º y 5º, avala la adquisición de cosa futura como consecuencia de que este precepto permite la apertura de folio independiente a cada piso de una edificación en construcción desde la división horizontal del mismo, practicándose ésta cuando la misma esté «al menos, comenzada», siendo muy posible que alguna de las piezas de edificación no tenga existencia material tangible en ese momento. En cambio sí puede decirse que el piso existe «jurídicamente», siendo innegable que el mismo es objeto de derechos como se desprende del tenor literal del art. 107 LH.

Por último, BERCOVITZ ÁLVAREZ Y PEÑA LÓPEZ⁵⁸⁸, al pronunciarse sobre la eficacia transmisiva de la escritura pública sobre la edificación futura señalan que, desde que los pisos existen registralmente, no debería haber obstáculo a que operara la tradición instrumental. Ciertamente es que, en puridad, los departamentos que conforman el edificio no existen físicamente aunque esté inscrito en el Registro de la Propiedad el solar sobre el que se levantarán. Sin embargo, esa inexistencia física no es óbice para que sí existan jurídicamente. En este sentido nadie duda de la admisibilidad de la hipoteca de la casa en construcción, especialmente para que el promotor-constructor inmobiliario pueda financiar la edificación. Esta solución —aseveran—, permite evitar situaciones injustas para el cedente así como adecuar el negocio a la voluntad de las partes habida cuenta de que pueden querer hacer la obra antes de transmitir la propiedad o bien transmitir la propiedad del solar previamente, realizando el constructor la obra ya sobre un bien propio.

⁵⁸⁶ Dispone el art. 107.11 LH: *Podrán también hipotecarse: Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.*

⁵⁸⁷ LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli, “El derecho del cedente...”, ob. cit., pág. 705. Idéntica mención al art. 107.11 LH hace BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit. pág. 173.

⁵⁸⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán y Fernando PEÑA LÓPEZ: ob. cit., pág. 1717. En el mismo sentido BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., págs. 171 y ss.: «Una vez que existe registralmente, el objeto es transmisible (del mismo modo que cabe hipotecar la casa en construcción (art. 107.11 LH). Y el distinto grado de ejecución de las obras, no afecta a la preexistencia del «espacio» que es objeto de derecho real».

No obstante, hay que significar que existen juristas contrarios a admitir la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad de la construcción meramente proyectada en el sentido anteriormente expuesto. Entre estos destaca CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE⁵⁸⁹, quien asevera que el acceso tabular sólo está permitido a fincas con existencia real, de tal manera que, cualquier proyecto, cualquier deseo respecto a la futura aparición de la construcción, debe considerarse «casi como una declaración platónica en cuanto a la legislación hipotecaria». Consiste, en definitiva, en una declaración de propósitos y de intenciones que ni siquiera alcanzará la naturaleza de derecho personal y que, por tanto, «no servirá para nada».

MONET Y ANTÓN⁵⁹⁰ se muestra también tajantemente contrario a la atribución de todo efecto registral a los pisos proyectados debido a que su constancia no pasa de ser una mera indicación, sin trascendencia y valor de autonomía, excepción hecha de que haya tenido acceso al Registro de la Propiedad la inscripción de la declaración de obra nueva en construcción y la constitución de la propiedad horizontal, en cuyo caso sería posible su inscripción como «pisos pendientes de terminar».

El anterior tratadista es secundado por LUCAS FERNÁNDEZ⁵⁹¹ para quien la inscripción previa de un proyecto no tiene virtualidad suficiente para transformar lo que hoy es una cosa puramente imaginaria, un bien futuro, en un bien realmente existente. Con esta concepción, —manifiesta— la inscripción «bien claramente proclamaría y sobre un bien que *hoy* no existe, no cabe *hoy* un derecho real».

⁵⁸⁹ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios...*, ob. cit., págs. 257, 263 y 264, entiende que la mención que hace la LH a la edificación «meramente proyectada» consiste en una reminiscencia de la Ley de 26 de octubre de 1939, cuestionándose por qué y para qué el significado de que se siga conservando.

⁵⁹⁰ MONET Y ANTÓN, Fernando: ob. cit., págs. 13 y 14, procede a discernir el «aspecto registral» ya abordado con el «aspecto sustantivo o civil» del piso proyectado, concluyendo que la simple declaración de esta circunstancia por el propietario no genera ningún tipo de derecho real por falta de consistencia y autonomía ni genera relación obligatoria alguna, no alcanzando sustantividad jurídica por no pasar de ser una mera indicación en los libros registrales. Puede confrontarse con lo que en el punto siguiente advierte MARTÍNEZ SANCHIZ sobre el contenido de la RDGRN de 5 de noviembre de 1982.

⁵⁹¹ LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: “La contratación sobre edificio futuro...”, ob. cit., pág. 296, añade que, de aceptar tal posibilidad, se llegarían a consecuencias absurdas al configurarse relaciones jurídicas sobre cosas imaginarias, con vida puramente conceptual.

BATLLE VÁZQUEZ⁵⁹² critica la inscripción de la construcción meramente proyectada, aseverando que en ese concreto momento todavía las fincas carecen de entidad real para acceder a la protección tabular, sin perjuicio de que el derecho a construir limite la propiedad de la parte del edificio ya existente.

III.3.2.2.3. Posición de la DGRN

La corriente iniciada por CÁMARA ÁLVAREZ tiene su acogida en la jurisprudencia de la DGRN a partir de la Resolución de 5 de noviembre de 1982⁵⁹³. La cuestión objeto de debate se centraba en dar respuesta a la posibilidad de inscribir una escritura de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal cuya construcción estaba comenzada, ya que en la escritura no se especificaba el estado real de cada una de las viviendas y locales, por lo que podría suponer una vulneración del inciso final del párrafo 2º del art. 8.4 LH, como señaló el registrador de la propiedad al suspender la inscripción.

El notario autorizante formuló recurso gubernativo esgrimiendo que con la escritura pública antedicha no se pretendía que el Registro expresara cuál es con exactitud la realidad física de cada una de las fincas sino la constitución de un régimen jurídico sobre el solar que informe a los adquirentes de los futuros pisos y locales. Así, el fedatario público incide en que no existe necesidad de efectuar en la escritura pública distinción alguna entre pisos comenzados y pisos proyectados, no sólo porque no aporta nada sino porque no se exige legalmente, siendo el único requisito el que se hayan iniciado las obras del edificio en su conjunto. A su juicio, aun acogiendo el criterio del registrador de la propiedad, en esencia, la propiedad horizontal requiere de elementos comunes, de tal forma que, habiéndose iniciado las obras de cimentación puede afirmarse que las obras han comenzado.

⁵⁹² BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: “Las casas divididas por pisos...”, ob. cit., págs. 415 y 416, en una clara alabanza a la reforma de la LH llevada a cabo por la Ley de 26 de octubre de 1939 al mantener el sistema de folio real, critica que se permitiera la inscripción de la construcción meramente proyectada. Según su criterio, esta inscripción resultaba anómala por carecer los pisos futuros de entidad real para acceder a la protección tabular, sin perjuicio de que el derecho a construirlo limite la propiedad de la parte del edificio ya existente.

⁵⁹³ RJ 1982, 6941.

Seguidamente, el registrador, en defensa de su nota, recalca la imposibilidad de proceder a la inscripción como consecuencia de no especificarse en el documento público el concreto estado en que se halla cada piso o local, lo que lleva a concluir que, en atención a los antecedentes históricos y legislativos y a la interpretación unánime de la doctrina, resulta inadmisibile que se abra folio separado a una finca físicamente inexistente.

Verificado todo lo anterior, cabe detenerse por su importancia en los Fundamentos Jurídicos Segundo, Cuarto y Quinto de la RDGRN que se comenta. El primero de ellos se hace eco de la complejidad que envuelve a las relaciones contractuales en el sector inmobiliario, dibujando un esbozo de la práctica cotidiana de adquisición de inmuebles en edificios en construcción o, incluso, meramente proyectados, lo que se traduce en lo que ha venido a denominarse «prehorizontalidad», apuntando que se trata de un concepto ya abordado con anterioridad por la DGRN⁵⁹⁴. Así, el Fundamento Jurídico Segundo expresaba lo siguiente:

Que la difusión que ha adquirido la compra de viviendas o locales en propiedad no ya sólo en edificios construidos, sino en gran medida también cuando éstos se encuentran todavía en construcción o incluso meramente proyectados, origina una intrincada red de relaciones jurídicas dada la complejidad de los elementos que intervienen, que empieza ya a manifestarse en la fase que la doctrina conoce con la denominación de prehorizontalidad [...].

En el Fundamento de Derecho Cuarto, bajo el prisma de la relevancia *erga omnes* que posee el acceder a la publicidad registral, el Centro Directivo llama la atención acerca de lo que denomina «regla general» de inscripción del edificio cuya construcción se encuentre, al menos, «comenzada», de conformidad con el tenor literal del art. 8.4 LH:

⁵⁹⁴ Véase la RDGRN de 21 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3790). En este caso se resuelve una controversia relativa a las denominadas «servidumbres de propietario» y se expone la vigencia y actualidad de la situación de prehorizontalidad así como su carencia de reflejo sustantivo en el ordenamiento jurídico positivo. Al mismo tiempo, deja patente que en la *praxis* se muestran realidades que merecen de la garantía que proporciona la institución registral. El Fundamento Jurídico Segundo de la antedicha Resolución se pronuncia en estos términos: *Pues, que, a través de una situación no prevista en nuestro derecho, y que pudiera en parte denominarse de prehorizontalidad, pero que responde a la realidad actual de la existencia de los complejos inmobiliarios, se trata de garantizar mediante la publicidad de los libros registrales una previsión de un futuro incierto en forma similar a otras situaciones en que la legislación hipotecaria reconoce su posible inscripción, en cuanto que lo que se pretende inscribir supone una modificación jurídico-real del solar o solares, si bien condicionada, y que como tal expectativa sujeta a condición participa de la misma naturaleza del derecho a constituir —art. 9, 2.º, de la L.H..*

Que sin entrar en el examen del supuesto de constitución de régimen de propiedad horizontal en edificio proyectado, por exceder del contenido de este recurso, es indudable que el art. 8 de la L. H. en su mismo núm. 4.º establece como regla general el acceso a los libros registrales de los títulos constitutivos de propiedad horizontal en los casos en que la construcción del edificio esté no sólo concluida sino por lo menos comenzada, con lo que nuestra ley trata de atender las exigencias indicadas en el considerando anterior y atemperarse a lo que constituye el objeto primordial del Registro de la Propiedad de salvaguardar los derechos de los terceros.

Por último, el Fundamento Jurídico Quinto, pone el acento en lo que es el epicentro del recurso, es decir, en la determinación del momento en que ha de entenderse comenzada la construcción, circunstancia que considera superada atendiendo a los «términos gramaticales» de la LH, de tal forma que, al expresar la escritura que la construcción había comenzado, debía darse viabilidad a la inscripción del título constitutivo.

Que la incógnita que podría presentarse respecto a la determinación del momento en que se entienda que la construcción ha comenzado, aparece despejada en los propios términos gramaticales empleados por la Ley, y al contener la escritura calificada la declaración de que en el solar ha comenzado la construcción del edificio no se observa obstáculo que impida el acceso al Registro del título constitutivo, así como que una vez inscrito este título, puedan inscribirse como fincas independientes los pisos o locales del edificio conforme a lo ordenado en el núm. 5 del mismo art. 8 de la L.H..

Con relación a esta RDGRN se debe resaltar el comentario de la misma que hace MARTÍNEZ SANCHIZ⁵⁹⁵, para quien, pese a lo plausible del contenido que impregna la misma, es una pena que el Centro Directivo no rematara definitivamente la situación creada, excluyendo el tratamiento del problema por razones de congruencia. De esta forma, el recurso de la remisión al texto de la escritura pública como constancia efectiva de que la construcción había comenzado, impide averiguar cuál es su significado en concreto. Ante este hecho, el autor constata lo peligroso de que la protección concedida por el Registro de la Propiedad sea tan fácil de obtener como declarar en la escritura, lisa y llanamente, «que se está construyendo». Para solventar esta coyuntura, según quedó dicho, propone como más acertado acoger la «inscripción de obra nueva proyectada» de modo expreso, retrotrayendo la protección tabular al momento inicial.

⁵⁹⁵ MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: ob. cit., págs. 55 a 58.

Ahora bien, frente a la sintonía con la práctica cotidiana que destilaba la RDGRN de 5 de noviembre de 1982, hay que mencionar el frenazo que supuso para los anteriores postulados la RDGRN de 13 de mayo de 1987⁵⁹⁶. El supuesto de hecho giraba en torno a la inscripción en el Registro de la Propiedad de una unidad subterránea destinada a aparcamiento formada por la agrupación de diversas porciones de subsuelo segregadas de otras fincas. En este caso, la DGRN niega toda virtualidad a efectos registrales a lo que ahora denomina una «manifestación general» de que la obra está comenzada, exigiendo un reflejo palmario en la escritura de la realidad física de la misma para poder gozar de la publicidad registral. Ni siquiera considera de suficiente entidad la mención en el instrumento público de la expresión «construcciones en realización» para entender que físicamente la edificación se haya iniciado en todas y cada una de las piezas que conforman el edificio en propiedad horizontal. El Fundamento Jurídico Quinto de la antedicha Resolución aglutina las razones apuntadas:

En el defecto 4º se acusa que la escritura adolece de ambigüedad sobre si las edificaciones objeto de la constitución del régimen de propiedad horizontal están concluidas, en construcción o en proyecto. De la Ley se desprende que no basta con que la construcción esté meramente proyectada y, por tanto, debe resultar de la escritura con toda claridad la circunstancia física que permite la inscripción. No basta que en la escritura se describan los pisos y locales de los distintos edificios y que el único otorgante haga, entre otras manifestaciones, la general de consentir las «declaraciones de obra nueva» que se contienen en la escritura, pues esta manifestación general (que no implica, en la práctica de las inscripciones de casas por pisos, obra terminada) no precisa si respecto de una u otra de las edificaciones la obra está concluida o comenzada o si existe sólo en el proyecto. Ni basta, tampoco que, de pasada, al expresar las servidumbres entre las diversas fincas, se hable de «las relaciones entre las diversas fincas, solares o unidades y construcciones en realización sobre ellas», pues de esta frase no se deriva que haya construcción en realización sobre todas y cada una de las fincas que se constituyen en régimen de propiedad horizontal.

No obstante lo anterior, la línea inicial fue retomada por la Resolución de 18 de abril de 1988⁵⁹⁷. Esta RDGRN destaca la importancia de los acuerdos de los comuneros en orden a la adjudicación de los inmuebles a construir, recurrentes en la práctica, sin que nada se oponga a su inscripción antes del inicio de las obras, por ser especialmente

⁵⁹⁶ RJ 1987, 3855. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: ob. cit., págs. 55 a 58, señala a la RDGRN de 13 de mayo de 1987 como la antítesis de la comentada anteriormente de 5 de noviembre de 1982 por apartarse completamente de la realidad que se vive en la *praxis*. De este modo, concluye: «La crítica, a mi juicio, no puede ser favorable. Si la resolución del año 82 baraja como guía la realidad social, la del 87 se queda en una mera exégesis de la ley. Su doctrina se resume en “si quieres inscribir, declara que se está construyendo”». A pesar de ello, LUQUE JIMÉNEZ, M^a Carmen: “Configuración registral...”, ob. cit., págs. 698 y 699, destaca de la RDGRN de 13 de mayo de 1987 el reconocimiento por el Centro Directivo de la necesidad de adaptarse a la realidad socio-económica, atribuyendo un régimen jurídico distinto a una unidad subterránea o volumen.

⁵⁹⁷ RJ 1988, 3358.

conveniente para asegurar frente a terceros el interés que cada condómino posee en el edificio resultante en relación con los departamentos que se le hayan asignado.

En este caso, los copropietarios de una finca, habiendo demolido con anterioridad la construcción previamente existente, levantan sobre el solar un edificio nuevo de dos plantas, llevando a efecto dicha construcción cada uno de ellos de manera individual sobre la vivienda que le correspondería, conviniendo que la propiedad de los respectivos inmuebles les pertenecía *ab initio*. Para hacer constar en el Registro de la Propiedad esta situación otorgan escritura pública de obra nueva y división horizontal en la que se procede a adjudicar a cada condómino la finca erigida conforme al acuerdo previo existente entre ellos.

El registrador deniega la inscripción entendiendo que el terreno figura inscrito por mitad y en proindiviso, de modo y manera que los pisos resultantes deberán constar de idéntica forma. Además —aduce— para que pueda llevarse a cabo la posterior adjudicación a cada comunero debe extinguirse previamente el régimen de comunidad.

Sin embargo, la DGRN retoma la tesis de la posibilidad de constancia tabular por la declaración en la escritura de que la obra está comenzada, sirviendo la misma como requisito para poder inscribir el régimen de propiedad horizontal según el pacto establecido entre los comuneros y sin que se les pueda compeler a cambiar el acuerdo modificativo de la comunidad voluntariamente adquirido inicialmente. El Centro Directivo defiende que no caben obstáculos para el reflejo tabular de los acuerdos de los comuneros, muy frecuentes en la *praxis*, ni tampoco cabe objeción respecto a su inscripción con carácter previo al inicio de la construcción; antes al contrario, esta constancia registral será muy conveniente para su oponibilidad *erga omnes*, especialmente por el ingente gasto que supone para los comuneros afrontar la construcción. Así, la citada RDGRN deja sentado en su Fundamento Jurídico Segundo que desde que los comuneros alcanzan un acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y el destino de las viviendas o locales, procede su inscripción, sirviendo la misma como *término de referencia* de los derechos que sobre las fincas tienen los titulares registrales *como para hipótesis análogas prevé la misma Ley (cfr. Artículos 21-*

1º —“pacto en contrario”— de la Ley de Propiedad Horizontal, 8.4 de la Ley Hipotecaria y 16.2º del Reglamento Hipotecario.

El Fundamento de Derecho Tercero de la indicada Resolución contempla estas circunstancias:

En el presente caso, como ya consta, por la escritura, que la construcción está, por lo menos comenzada, se cuenta con base física suficiente incluso para la inscripción del régimen de propiedad horizontal tal como tienen acordado los titulares registrales, sin que deba imponérseles, para llegar a esa inscripción, que desdiciéndose del acuerdo modificativo de la comunidad originaria, hayan de soportar sobre todo el edificio una abstracta comunidad ordinaria sujeta a las reglas ordinarias de división del proindiviso. La inscripción, naturalmente, debe expresar por su orden el acuerdo previo y la construcción del edificio; circunstancia ésta, la de la construcción, que registralmente tiene aquí un doble significado: el ordinario de hecho, que modifica la base objetiva (la finca) de los derechos registrados, y el evento que determina la vigencia del régimen de propiedad horizontal convenido. Sin que importe, en cambio, precisar si la naturaleza de estas modificaciones jurídicas ocurridas en el inicial condominio del solar, constituyen propiamente disolución de la comunidad o simplemente transformación de un régimen comunitario en otro distinto en fenómeno inverso en el artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal.

La expresión *término de referencia* y la justificación que la DGRN concede en base al mismo a la protección registral de la obra futura, se reitera de nuevo en la RDGRN de 24 de junio de 1991⁵⁹⁸. En esta ocasión el Centro Directivo se pronuncia en torno a la anotación preventiva de una demanda en la que se solicita otorgar escritura pública de compraventa de una vivienda, dos garajes y un trastero interesada por un

⁵⁹⁸ RJ 1991, 4659. Interesa transcribir los Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto de la RDGRN que se comenta: CUARTO.-- *Ha de reconocerse que efecto propio del contrato ahora cuestionado podría ser, si se accede a su formalización en escritura pública, que el comprador pasara —por la cuota asignada a los locales comprados— a participar, en Régimen de condominio, en el solar por el efecto traidor de la escritura (cfr. arts. 609, 1095 y 1462.2 CC). No se trataría de un condominio regido por las reglas ordinarias, las cuales rigen sólo "a falta de contratos" (cfr. art. 329.2 CC), sino de un condominio en el que hay un proyecto de construcción por pisos, la obligación de uno de los condóminos de llevarla a cabo y la asignación a otro de ellos de determinado local, una vez construido, completándose la determinación de los derechos y obligaciones de cada uno, con las circunstancias que deriven de la buena fe, del uso y de la ley (cfr. art. 1258 CC).*

Evidentemente, en tanto la construcción no esté concluida o, por lo menos, comenzada, no podrá hacerse constar en el registro que existe ya sobre cada local o apartamento una propiedad separada; es decir, no podrá inscribirse el Régimen de propiedad horizontal como tal, pues para esto (art. 8.4 y 5 LH) exige que la construcción esté construida o, por lo menos, comenzada. Pero -de acuerdo con los criterios aceptados en Res. 18 abril 1988- desde que se produzca acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción —y al calificar la procedencia de la anotación preventiva de la demanda no corresponde al registrador si esta determinación, posible cuestión litigiosa, se da— y sobre el destino de las viviendas o locales, procede la inscripción —y ahora la anotación preventiva—, y los locales vendidos pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca pudiera tener el demandante si el Juez estima la demanda.

QUINTO.-- *Por último, no puede objetarse a la anotación pretendida, que, al no haber sido perfectamente descritos los bienes objeto del contrato en cuestión, con todos los elementos que individualizan debidamente los pisos o locales privativos en el régimen de propiedad horizontal, la obligación asumida por el vendedor no sería la de dar cosa cierta y determinada, sino una obligación genérica -si bien que de género limitado- y no sería idónea para justificar la anotación de la demanda en que se pide su cumplimiento; por el contrario, y al menos en lo que a la vivienda se refiere, el señalamiento de un número de orden, del tipo al que pertenece y del portal en que se halla, indican la especificidad de la prestación a que se compromete el vendedor, y, por otra parte, la omisión en el documento suscrito, de los datos identificadores pertinentes (planta, superficie, linderos, cuota, etc.) puede ser perfectamente subsanado en su día, judicialmente.*

comprador en documento privado, cuya inscripción había sido denegada por el registrador como consecuencia de no haberse inscrito todavía la declaración de obra nueva y división horizontal del edificio a construir. No obstante, señala la DGRN que la venta mediante documento privado, aun sin haberse iniciado la construcción, entraña una hipótesis muy frecuente en la realidad social actual. El hecho de que se posponga a un momento ulterior la formalización de la escritura pública de compraventa significa colocar al comprador en una situación de absoluta indefensión, exigiéndose atender a la ponderación de todos los elementos concurrentes que ofrezca una solución equilibrada satisfaciendo al comprador de forma que sea «cohonestable con las exigencias de la seguridad, certeza y fluidez propias del tráfico jurídico inmobiliario». Así, con idéntico fundamento que la RDGRN de 18 de abril de 1988, admite que se inscriba el acuerdo de las partes, en este caso concretado en el contrato privado, siempre y cuando quede suficientemente determinado el departamento futuro a construir, sirviendo como *término de referencia* para, en este caso, el derecho que ostenta el solicitante de la anotación preventiva. El hecho de que en el contrato privado conste en relación con el objeto futuro el señalamiento de número de orden, tipo al que pertenece y portal, indican especificidad en la prestación del vendedor. Por otro lado, la omisión de la planta, superficie, cuota y linderos, puede subsanarse perfectamente con posterioridad en sede judicial.

La doctrina científica se ha mostrado crítica con la inscripción de los inmuebles futuros como *términos de referencia* que consta en las reiteradas RRDGRN. Así, por un lado, CARRASCO PERERA⁵⁹⁹, sostiene que: «personalmente nunca he entendido el significado de esta expresión entrecomillada, ni cuál es la eficacia de este “término de referencia” sobre el tracto sucesivo, la fe pública, el cierre registral, o el principio de especialidad del artículo 13 LH, ni cómo ha de afectar a la futura inscripción del piso o local privativo».

Por su parte, GONZÁLEZ CARRASCO⁶⁰⁰ afirma que la solución conferida por el Centro Directivo en las RRDGRN de 18 de abril de 1988 y 24 de junio de 1991 sólo

⁵⁹⁹ CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario a la Resolución...”, ob. cit., pág. 72.

⁶⁰⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: “Tercería de dominio. Propiedad de inmuebles en fase de construcción. *Traditio ficta*. Prehorizontalidad. Comentario a la STS de 14 de noviembre de 1997”, en *CCJC*, 1998, pág. 277.

puede operar cuando en la escritura pública de permuta de suelo por obra futura han quedado perfectamente determinados los departamentos que recibirá el cedente conforme constan en la previa escritura de división horizontal. En otro caso, aun cuando la DGRN argumente que pueden acceder al Registro de la Propiedad como *términos de referencia*, el cedente no podría considerarse titular de una cuota equivalente a la de la división horizontal básicamente porque dicha división todavía no se ha efectuado.

Como corolario a este apartado, se mencionan las RRDGRN que refrendan la inscribibilidad de la situación de prehorizontalidad. En primer lugar, cabe mencionar a la RDGRN de 25 de junio de 1991⁶⁰¹ donde queda constancia de la admisión de una anotación preventiva de demanda de prehorizontalidad desde que se constate el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y el destino de los inmuebles. En este caso, el comprador de un piso en construcción requería la anotación preventiva de su derecho sobre el inmueble objeto de un contrato privado de compraventa suscrito con el titular registral del solar debido a que todavía no se habían inscrito las escrituras de declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal. El Centro Directivo incide en la circunstancia de que la constancia en el contrato del número de orden de la finca, el tipo al que pertenece y el portal en el que se ubica, indican la especificidad de la prestación a la que se compromete el vendedor. Además, destaca la DGRN que en el ámbito del art. 42.1 LH deben encuadrarse no sólo las demandas en que se ejercita una acción real sino también aquéllas otras mediante las que se persigue la efectividad de un derecho personal cuyo desenvolvimiento lleve aparejado una mutación jurídico-real inmobiliaria.

Con posterioridad aparece la RDGRN de 17 de julio de 1998⁶⁰² dando solución a la negativa del registrador de la propiedad a inscribir un supuesto de prehorizontalidad por considerar que no se encuentra regulado legalmente. La DGRN se remite a lo ya expuesto en la RDGRN de 18 de abril de 1988, admitiendo como inscribibles los acuerdos adoptados por los comuneros acerca de la construcción individualizada por

⁶⁰¹ RJ 1991, 4659.

⁶⁰² RJ 1998, 5973.

cada uno de ellos de su propia vivienda, incluso con carácter previo a darse inicio a la construcción propiamente dicha.

Para finalizar, es imperioso referirse a la RDGRN de 3 de febrero de 2010⁶⁰³ en la que se examina si es posible inscribir una propiedad horizontal tumbada en la que los elementos privativos son tres parcelas con construcciones proyectadas sobre dos de ellas y sobre la tercera se reconoce una edificabilidad de 101,20 m², por dos plantas más bajo-cubierta y sótano, con una altura de cornisa de 7,00 metros y una ocupación de 20,22 por ciento. Como elementos comunes se establecen el suelo y la porción de terreno de 68,96 m² que tiene frente a la calle por la que tienen acceso las tres fincas resultantes de la división horizontal. El Centro Directivo afirma que es pacífica la admisión de la prehorizontalidad en la que sin estar finalizados todos los elementos privativos se puede conseguir la protección tabular.

III.3.3. Inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad mediante la división horizontal del edificio

El art. 8.5 LH establece que se inscribirán como una sola finca: *Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen.*

El otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal no implica *per se* la división material de la finca ya edificada o en construcción sino, única y exclusivamente, que la misma queda sujeta al especial régimen de propiedad en que consiste la propiedad horizontal⁶⁰⁴. La voluntad del propietario o propietarios de dividir el inmueble horizontalmente será la que determine la transformación del solar o del edificio en una pluralidad de objetos independientes, abriéndose un folio distinto para cada uno de los pisos o locales que lo conformen.

⁶⁰³ RJ 2010, 1300.

⁶⁰⁴ ROCA SASTRE, Ramón M^a y otros: ob. cit, Tomo V, pág. 59.

La individualización de cada piso o local mediante su constancia en el Registro de la Propiedad confiere a los mismos la «existencia jurídica» a la que se ha hecho alusión con anterioridad. En todo caso, conviene dejar sentado que el acceso tabular de la escritura pública que se otorgue en este sentido no tiene eficacia constitutiva.

III.3.4. La singularidad de la Ley 19.724, de prehorizontalidad, de Argentina

La Ley 19.724, de prehorizontalidad⁶⁰⁵, publicada en Argentina el 13 de abril de 1972 y actualmente derogada⁶⁰⁶, establecía un procedimiento específico de regulación de la situación de prehorizontalidad centrado en la protección de los adquirentes de viviendas futuras mediante contratos privados. Recuérdese, según se hizo constar en el capítulo II, que en Argentina rige la teoría del título y el modo como sistema de transmisión de la propiedad.

El art. 1º de la citada Ley establecía que: *todo propietario de edificio construido o en construcción o de un terreno destinado a construir en él un edificio, que se proponga adjudicarlo o enajenarlo a título oneroso por el régimen de propiedad horizontal, debe hacer constar, en escritura pública, su declaración de voluntad de afectar el inmueble a la subdivisión y transferencia del dominio de unidades por tal régimen.*

La escritura pública de afectación del terreno a la situación de prehorizontalidad requería al propietario la previa aportación de una profusa documentación acerca del

⁶⁰⁵ Al respecto de la prehorizontalidad en Argentina puede consultarse: GATTI, Edmundo y Jorge ALTERINI: *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, La Ley, Buenos Aires, 1973; ROCCA, Ival y otros: *Prehorizontalidad: Ley 19.724: explicada y comentada*, Biblioteca internacional de asuntos socio-jurídicos, Buenos Aires, 1972; MOREIRA LAUREANO, Arturo: *Contratos sobre departamentos en construcción: La comercialización por empresa. Los boletos de compraventa. El régimen prehorizontal*, Ábaco, Buenos Aires, 1985 y GULMINELLI, Ricardo L. y Eduardo Raimundo HOOFT: *Prehorizontalidad: Ley 19.724, Sus Problemas: Afectación y Registro, Nulidad, Pacto Comisorio, Cláusulas Especiales, Venta Al Costo, Imprevisión*, Depalma, Buenos Aires, 1983.

⁶⁰⁶ La Ley 19.724 ha sido derogada por la Ley 26.944 de aprobación del CC y Comercial de la nación argentina, cuya entrada en vigor se produjo el día 1 de agosto de 2015, de conformidad con lo previsto en la Ley 27.077, publicada el 19 de diciembre de 2014, texto legal que adelantó la entrada en vigor a la fecha antedicha, inicialmente prevista para el 1 de enero de 2016. Actualmente ha sido sustituida por un sistema de seguros.

estado real de todos los aspectos atinentes a esa situación de prehorizontalidad. Entre los documentos más relevantes destacan los relativos al estado de ocupación del inmueble, a la inexistencia de deudas a fecha de otorgamiento del instrumento público, una copia del proyecto de la obra aprobado administrativamente, el proyecto de subdivisión firmado por técnico habilitado y el proyecto de reglamento de copropiedad y administración. Una vez otorgada la referida escritura pública, se procedía a su inscripción registral.

La protección especial que esta norma dispensaba a los adquirentes de inmuebles futuros radicaba en la obligación del propietario de registrar los contratos de compraventa⁶⁰⁷ suscritos con los mismos, facultándose también a los compradores para instar el acceso tabular de sus contratos⁶⁰⁸. Con esta inscripción, los adquirentes quedaban protegidos en caso de enajenación total o parcial del edificio por parte del inicial propietario, recogándose expresamente que el nuevo propietario de todo o parte del edificio quedaba vinculado por lo estipulado en los mismos.

Los contratos registrados gozaban de preferencia frente a los que no se inscribían, haciéndose advertencia legal expresa de que, en ese caso, tales contratos serían inoponibles frente a terceros.

Asimismo, cabe reseñar que en aquellos supuestos en que el propietario deseara gravar con hipoteca el inmueble afectado, debía comunicar al acreedor hipotecario la relación de adquirentes de unidades cuyos contratos se encontraban inscritos así como la constancia de que se había notificado a éstos de manera fehaciente el propósito de hipotecar el inmueble y los detalles de la obligación a garantizar. Para reforzar esta

⁶⁰⁷ El art. 13 de la Ley 19.724 enumeraba el contenido de los contratos de enajenación o adjudicación de unidades: a) datos de las partes [...]; b) Datos correspondientes al dominio de lo enajenado, con las constancias de su inscripción; c) Constancia de la escritura de afectación, de su anotación y de que en el poder del escribano obra copia simple certificada para el adquirente; d) La individualización y características de la unidad enajenada, su ubicación y el porcentual estimado que se asigne a ella; e) Forma de pago del precio y cuando el saldo adeudado fuere en cuotas, el número de ellas y si son documentadas total o parcialmente en pagarés u otros títulos de crédito; f) Plazo, monto y condiciones de los gravámenes que el propietario hubiere constituido o se proponga constituir y que afecten al inmueble; g) El plazo y condiciones en que se otorgará la posesión [...].

⁶⁰⁸ El art. 12, primer párrafo, de la Ley 19.724 rezaba así: *El propietario debe registrar los contratos celebrados con los adquirentes en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente a la jurisdicción del inmueble afectado, poniéndose nota de ello en el contrato. El adquirente puede, en cualquier tiempo registrar el contrato.*

situación, todos estos extremos debían constar en la escritura pública de constitución de hipoteca.

Cuando la constitución de la hipoteca no estuviera prevista en los contratos de adjudicación o enajenación, los adquirentes podían oponerse a la constitución de este derecho real. En ese caso, el propietario quedaba obligado a solicitar judicialmente la autorización para hipotecar el inmueble afecto, acreditando justa causa.

Esta situación de prehorizontalidad se extendía hasta que la propiedad horizontal comenzaba a funcionar formalmente con la constitución del consorcio de condóminos. En ese ínterin, la situación de prehorizontalidad se regulaba, en la medida que fuera posible, por remisión al proyecto de copropiedad y administración que se adjuntó a la escritura pública de afectación.

IV. DOCTRINA PARTIDARIA DE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA

El sector doctrinal que acoge esta tesis antepone la protección del cedente del solar como objetivo fundamental intentando posicionarle en una situación de mayor equilibrio contractual durante el período intermedio o paréntesis de tiempo que transcurre entre la transmisión del solar al cesionario-constructor y la entrega por éste de los departamentos futuros que le corresponden en contraprestación. Los autores que defienden esta concepción han tratado de blindar al anterior dueño del suelo bajo el prisma de considerar que ostenta un derecho real sobre la futura edificación, para articular su defensa, principalmente, frente a los embargos que sobre el solar y los departamentos futuros puedan conseguir los acreedores del cesionario así como

legítimamente para que pueda ejercitar una tercería de dominio sobre las piezas de edificación elegidas⁶⁰⁹.

Estas consideraciones de desequilibrio contractual entre las partes son las tenidas en cuenta por SERRANO GÓMEZ⁶¹⁰ para decantarse por reconocer al cedente «algún tipo de derecho dominical» porque en caso contrario se encontrará totalmente desprotegido. Por ende, a su juicio, es necesario considerar que la escritura pública equivale a la tradición, extremo que conlleva entender que los inmuebles existen de alguna forma, bastando que los mismos queden determinados, proyectados o divididos en propiedad horizontal e inscritos en el Registro de la Propiedad. Así las cosas, este jurista reconoce que su interpretación puede parecer «arriesgada» pero el necesario equilibrio entre las partes lo justifican y avalan.

ARNAU MOYA⁶¹¹, admite sin ambages los efectos traditorios de la escritura pública en la que se documente la cesión del solar por obra futura. Considera este autor que «el momento del otorgamiento de la escritura será el que señale el del nacimiento del derecho real a favor del cedente» incluso en aquellos casos en los que ni siquiera se presente a inscripción debido a que la inscripción registral sería declarativa en este caso. El hecho de configurar una permuta con efectos jurídico-reales gozaría de los beneficios de aniquilar el período intermedio de inseguridad que recae en el cedente hasta que la contraprestación pactada le es entregada y con el desequilibrio en las prestaciones que se produce al obtener inmediatamente el constructor-cesionario un derecho real sobre el solar cedido frente a la mera expectativa que ostenta el propietario del suelo. A su vez, permitiría al cedente defenderse eficazmente mediante la articulación de la correspondiente tercería de dominio frente a los ataques de terceros ajenos al contrato de permuta. En definitiva, —concluye— «no puede existir tanta diferencia entre el mundo real y de los conceptos», siendo conveniente una lectura del art. 1462.2 CC para

⁶⁰⁹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 127, asevera tajantemente que «el reconocimiento de la eficacia real del derecho del adquirente de cosa futura desde el otorgamiento de la escritura pública es el único mecanismo que realmente permite obtener la protección de sus derechos frente a terceros». Apunta que con esta teoría no se puede hablar en puridad de verdadera titularidad real si se considera que resulta imposible que ésta recaiga sobre un bien objetivamente inexistente, pero sí de una «titularidad formal o incluso de ficción mediante la cual se adelantan los efectos del derecho del adquirente frente a terceros con el fin de lograr su protección».

⁶¹⁰ SERRANO GÓMEZ, Eduardo: ob. cit., pág. 85.

⁶¹¹ ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., págs. 667, 672 y 673.

que, en base al art. 3.1 del referido texto legal, se consiga «una interpretación más adecuada a la realidad social».

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO⁶¹² consideran que la forma más eficaz de proteger jurídicamente al aportante del solar es adelantando el efecto traditorio, equiparando la escritura pública de permuta con la *traditio ficta* del art. 1462 CC. El resultado derivado de esta configuración es conseguir que el cedente adquiera la propiedad sobre los inmuebles pactados antes de que se finalice la construcción y de que se le entreguen físicamente. Consideran que este efecto se produce cuando los pisos o locales estén perfectamente determinados «en el momento de la permuta» a través de la previa división horizontal del edificio. De no ser así — argumentan— será necesario un acto de especificación bilateral o unilateral futura, que transmitirá, sólo en ese momento, los inmuebles futuros. Cuando todavía no exista división horizontal lo que se inscribirá será la «especial comunidad» — prehorizontalidad— entre los permutantes. No obstante, se lamentan de que el TS no haya adoptado finalmente la solución anticipada por la RDGRN de 16 de mayo de 1996, suponiendo el espaldarazo definitivo a la misma la sentencia de la Sala 3ª del Alto Tribunal de 31 de enero de 2001.

Particularmente, GONZÁLEZ CARRASCO⁶¹³ enmarca su desencanto sobre la normativa existente en España para resolver la problemática de los adquirentes de bienes futuros destacando fundamentalmente dos circunstancias: la insuficiencia de la Ley 57/1968, de 27 de julio⁶¹⁴, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y «el perturbador efecto» del art. 609 CC en el sistema de transmisión de dominio, que ha impedido el triunfo de tercerías de dominio interpuestas por el comprador debido a que los fallos jurisprudenciales exigen la terminación de los inmuebles para que se pueda proceder a su entrega. Así, la oscilación

⁶¹² CARRASCO PERERA, Ángel y otros: *Derecho de la Construcción...*, ob. cit., págs. 297 a 299. En el mismo sentido las consideraciones recogidas en el anterior apartado y efectuadas por CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO al comentar las RRDGRN de 18 de abril de 1988 y 24 de junio de 1991.

⁶¹³ GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: “Tercería de dominio...”, ob. cit., págs. 274 a 277.

⁶¹⁴ La Ley 57/1968, de 27 de Julio, quedará derogada a partir del 1 de enero de 2016, de conformidad con la Disposición derogatoria tercera de la LOE añadida por la Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

del TS a la hora de resolver controversias la achaca esta autora a «lo poco convincente de la teoría del título y el modo para llegar a una solución definitiva». Con respecto a los requisitos ya examinados para conceder eficacia jurídico-real a la escritura pública la citada jurista manifiesta que, más que atender al hecho de que en la escritura quede constancia de la posibilidad de poner a disposición material del adquirente el inmueble futuro, en lo que hay que centrarse es que el titular del bien transmita las facultades dominicales sobre ella, sacándola de su patrimonio de forma que la entrega de los inmuebles futuros quede situada exclusivamente en una cuestión de incumplimiento contractual entre *tradens* y *accipiens*⁶¹⁵. En este sentido —afirma—, esta posibilidad se advierte incluso antes de que la cosa llegue a existir o de que se entregue materialmente, siempre y cuando ésta sea la voluntad de los contratantes. A esto cabe añadir con respecto al requisito de la determinación de objeto, que la forma de llevarse a cabo con respecto a un edificio en construcción es la constitución del régimen de propiedad horizontal y su división conforme dispone el art. 8.5 LH. No obstante, reconoce que es práctica notarial y registral habitual admitir la asimilación entre obra comenzada con obra proyectada de conformidad con el art. 8.4 LH.

ALONSO CASADO⁶¹⁶ se proclama partidario de que la escritura pública de permuta sirva como tradición instrumental por aplicación analógica del art. 1462.2. CC, afirmando que será suficiente para inscribir a favor del cedente los inmuebles futuros si en la propia escritura de permuta se hace constar que «es título de transmisión los pisos esta misma escritura» para que una vez finalizados los inmuebles se entiendan transmitidos e inscritos con la presentación al Registro de la Propiedad de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio.

SERRANO CHAMORRO⁶¹⁷ proclama que el art. 1462.2 CC establece una presunción legal de entrega de la cosa en virtud del título, sirviendo la propia escritura

⁶¹⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: “Tercería de dominio...”, ob. cit., pág. 281, con respecto a la transmisión de las facultades de dominio, concluye lo siguiente: «lo que significa que la escritura pública equivale a la tradición, en la esfera de la tercería de dominio, es que el hecho fáctico de que el transmitente no pueda cumplir en el presente o no cumpla finalmente con la obligación de proporcionar al adquirente la posesión material del bien transmitido, forma parte del ámbito obligacional de la compraventa y como tal permanece ajeno a los intereses de sus acreedores (art. 1257 CC)».

⁶¹⁶ ALONSO CASADO, José: ob. cit., pág. 1830.

⁶¹⁷ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 496 a 502. Si bien esta autora había mantenido con anterioridad en su trabajo: “El apogeo de la permuta...”, ob. cit., págs. 1684 y 1685, que la escritura pública de permuta de solar

pública de título y modo, salvo que se acuerde lo contrario. En su opinión, la prehorizontalidad es una herramienta perfectamente válida para considerar superada la concepción clásica anclada en la imposibilidad de articular una titularidad real a favor de los adquirentes de inmuebles futuros. Refuerza su posición en el hecho de que el objeto de la propiedad no está conformado en exclusiva por el piso o local sino que el derecho de cada copropietario «se proyecta necesariamente sobre el total edificio», siendo el solar el soporte objetivo básico del mismo y la verdadera intención de los contratantes la de acceder a la propiedad de una finca enclavada en un edificio todavía en proyecto. Junto a lo anterior, esta jurista se muestra partidaria de extender a los bienes inmuebles la equiparación de la entrega ficticia —consensual— contenida en el art. 1463 CC respecto a los bienes muebles.

Asimismo, LÓPEZ FRÍAS⁶¹⁸ admite la eficacia transmisiva de la escritura de cesión del solar por futura edificación pero con el requisito indispensable de la división horizontal previa del edificio. Según el criterio de la citada autora, no puede aceptarse que con el mero otorgamiento de la referida escritura pública se produzca la adquisición inmediata por el cedente de una cuota de los elementos comunes del futuro edificio, especialmente del propio solar. La copropiedad que surge sobre los elementos comunes es inseparable de la que se ostenta sobre los elementos privativos. De esta forma

por futura edificación gozaba solamente de efectos jurídico-obligacionales, sin eficacia frente a terceros, excepción hecha de que el contrato recoja una condición resolutoria expresa que ampare y proteja al *tradens*: «Adelantamos que el contrato de permuta accede al registro donde consta la titularidad del solar a favor del promotor o constructor (para poder acudir a la obtención del préstamo hipotecario), y no se dará la constancia registral de la contraprestación de tantos pisos con efectos reales. Es decir, la contraprestación es una obligación de entregar el precio *in natura* (pisos A, planta 2ª), obligación puramente personal que no protege al dueño (*tradens*), independientemente de que al inscribirse la escritura de permuta conste (como sistema causal) la simple indicación de que se entregarán tantos pisos».

⁶¹⁸ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 51 a 53. Es de reseñar dentro del criterio de esta jurista su opinión respecto a que es posible la transmisión automática de la propiedad de los elementos futuros aun sin existir división horizontal. Ahora bien, su opinión queda sujeta a la circunstancia obstativa de que las obras hayan comenzado a ejecutarse materialmente. Es decir, para que el efecto transmisivo sea posible, los departamentos que han de entregarse al cedente deben estar suficientemente determinados en el instrumento público y ser razonablemente reconocibles, aun cuando no estén finalizados. De la opinión de la señalada tratadista debe encomiarse el hecho de que resulta pacífico la innecesariedad de la terminación íntegra de la edificación para que el cedente pueda ser considerado propietario de las partes de la obra que le corresponden. Sin embargo, —como ella misma apunta—, esta concepción cuenta con un problema nuclear en su origen pues hasta llegar al momento exacto a partir del cual pueda defenderse que el cedente adquiere la obra futura convenida no basta que se haya ejecutado la excavación del terreno o colocado los primeros ladrillos; es obvio que se precisará de un notable avance de las obras para discernir con claridad la división departamental del edificio y, correlativamente, las piezas del mismo que configuran la contraprestación a percibir por el original dueño del suelo. En definitiva, se advierte de nuevo en LÓPEZ FRÍAS el problema esencial, subrayado reiteradamente con anterioridad, de establecer con exactitud un concreto momento en el proceso constructivo a partir del cual pueda entenderse que el cedente ha adquirido los inmuebles futuros. Acogiendo estrictamente este método, cabe inferir que, al menos, la estructura del edificio debe haberse erigido prácticamente por completo para poder determinar, con cierta prudencia y el suficiente rigor, cada uno de los inmuebles en los que queda dividido el edificio de que se trate. Evidentemente, el problema se agrava si alguna de las piezas a entregar al cedente están ubicadas en las últimas alturas o se trata de un ático ya que en estos casos la estructura deberá estar finalizada por completo. En conclusión, de acogerse esta concepción se estaría dilatando en exceso el momento de efectiva adquisición de la propiedad de los inmuebles futuros por parte del cedente en comparación con la constancia registral de los mismos visto con anterioridad una vez inscrita la división horizontal de la finca. Por ende, aun siendo loable la reflexión efectuada por la referida tratadista según ha quedado delineada, alberga todavía una excesiva inseguridad para el cedente por demorarse bastante en el tiempo el preciso momento de adquisición de la obra futura.

—arguye—, no puede nacer comunidad alguna antes que el dominio exclusivo sobre los pisos o locales.

Para finalizar este apartado cabe reiterar que el criterio mantenido por estos autores defendiendo la adquisición actual o automática de los departamentos futuros por parte del cedente tuvo su reflejo normativo en el art. 13 RH tras la redacción dispensada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, cuyos tres primeros párrafos fueron anulados por la STS (Sala 3^a), de 31 de enero de 2001, alegando precisamente el Alto Tribunal que la buscada protección del propietario del solar no es razón suficiente para desvirtuar la teoría del título del modo, máxime cuando existen otras garantías reales a las que recurrir para dotar de mayor seguridad al *dominus* del suelo, en clara alusión a la condición resolutoria o a la hipoteca. Sin perjuicio de las críticas que se pueden hacer al texto del art. 13 RH, según la redacción efectuada por el RD 1867/1998, y que serán puestas de relieve en el capítulo siguiente, lo cierto es que debe ensalzarse como el primer avance efectuado por el legislador —y hasta ahora el único— hacia una regulación positiva del contrato de permuta de solar por obra futura.

V. RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES QUE EXCEPCIONALMENTE ACOGEN LA TESIS FAVORABLE A LOS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA

V.1. Introducción

Según se puso de manifiesto al examinar la teoría que exclusivamente atribuye efectos jurídico-obligacionales a la escritura pública de permuta, la doctrina jurisprudencial de la Sala 1^a del TS se ha pronunciado, de forma prácticamente unánime, contraria a la aceptación de que la transmisión de la propiedad de las piezas a construir y entregar al cedente pueda tener lugar en el momento de otorgarse la escritura pública de cambio de solar por obra futura. No obstante, excepcionalmente, el Alto Tribunal se ha apartado de la línea de invariabilidad antedicha con fallos

330

jurisprudenciales que admiten la escritura pública como válida para la doble transmisión del solar y de los elementos futuros a construir; incluso, se verá cómo en determinadas ocasiones —en supuestos de compraventa de inmuebles futuros— el TS ha ido más allá, admitiendo la existencia de *traditio* aun antes de otorgarse la escritura pública, atendiendo a los actos posesorios previos llevados a cabo por los adquirentes durante la ejecución de las obras.

Por consiguiente, las citadas resoluciones son de singular importancia por los fundamentos expuestos por el propio TS para fallar en sentido positivo a la admisión de efectos jurídicos-reales, confirmando la transmisión inmediata de la propiedad respecto a los futuros departamentos, aunque su producción jurisprudencial se incline casi unánimemente por declinar toda eficacia transmisiva anticipada a la escritura pública respecto a los elementos futuros.

V.2. SSTs que admiten la transmisión instrumental de los objetos futuros

La primera de las resoluciones del Alto Tribunal que hay que destacar es la STS (Sala 1ª) de 18 de mayo de 1994⁶¹⁹. El supuesto de hecho se circunscribe a una cesión de solar otorgada mediante escritura pública el día 10 de noviembre de 1981, denominada por las partes como «cesión de bienes a título oneroso»⁶²⁰. En la referida escritura se recoge la contraprestación a recibir por el matrimonio cedente del solar, consistente en tres viviendas más dos plazas de garaje de un edificio a ejecutar, pactándose asimismo que la transmisión la llevaría a efecto el cesionario mediante escritura pública, una vez finalizada la obra.

La escritura pública de obra nueva, división horizontal y «concreción de derechos» —según la denominación de los propios contratantes— se otorgó el día 9 de diciembre de 1982, incluyendo junto a la habitual descripción del inmueble y de las fincas que lo componen, la de los pisos y garajes que corresponderían a la parte cedente.

⁶¹⁹ RJ 1994, 4094. Ponente Excmo. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández.

⁶²⁰ El Alto Tribunal califica en el Fundamento Jurídico Segundo de esta resolución al contrato como «cesión de bienes a título oneroso con contraprestación diferida».

Una vez inscrito dicho instrumento público en el Registro de la Propiedad, los cedentes solicitaron una certificación al mismo de uno de los departamentos y constataron que todas las fincas del edificio habían sido embargadas por el Banco Popular, S.A. — incluidas las convenidas como contraprestación— a resultas de determinadas deudas contraídas por el cesionario.

A raíz de estos hechos, los cedentes interpusieron una tercería de mejor derecho, siendo desestimada por sentencia de 25 de mayo de 1987, planteando acto seguido juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de una acción declarativa de dominio frente al cesionario y frente a la citada entidad bancaria, solicitando que se condenara al cesionario a otorgar la escritura pública con objeto de que los cedentes pudieran inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad.

Antes de llegar a la interposición del recurso de casación, la demanda inicial fue desestimada en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de La Laguna por estimarse la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Los cedentes formularon recurso de apelación fallando a su favor la AP de Santa Cruz de Tenerife, motivando que Banco Popular, S.A. recurriera en casación.

El Alto Tribunal falló considerando que los cedentes eran propietarios de las fincas objeto de la contraprestación en virtud de la escritura pública en la que se formalizó el contrato por aplicación de la *traditio ficta* del art. 1462.2 CC, dejando sentado en su Fundamento de Derecho Tercero que la existencia del instrumento público acredita la transmisión de los elementos de obra pactados, extremo reforzado por la existencia de la escritura de declaración de obra nueva, constitución del régimen de división horizontal y concreción de derechos como determinante del acceso tabular como fincas independientes de las piezas futuras que debían recibir los cedentes:

En efecto, como resulta de la descripción de datos fácticos contenida en el primero de estos fundamentos, en el presente caso y a los efectos de lo en este motivo alegado, nos encontramos con que lejos de concurrir las infracciones que en él se indican, el juzgador de apelación ha cumplido perfectamente el contenido de los preceptos que se dicen infringidos por cuanto: existe una escritura pública que acredita la transmisión de las viviendas y garajes objeto de discusión; referido

contrato se encuentra firmado y reconocido por ambas partes contratantes; a su vez y como se pone de relieve en el apartado a) del fundamento primero, la escritura pública de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal y concreción de derechos, en la que aparecen dichas fincas atribuidas al actor recurrido, fueron inscritas en el Registro de la Propiedad, lo que según doctrina de esta Sala refuerza la concurrencia en el presente supuesto de la «traditio», en su proyección de «ficta», al no existir en el contrato nada en contrario, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1462 CC [vid. Sentencias de 5 junio 1987, 17 noviembre 1988 y 5 julio 1989].

Además, en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia que se comenta, el TS resuelve otro de los motivos del recurso de casación formulado por la entidad financiera en el que alegaba infracción de los arts. 32, 34, 38 y 69 LH. En este caso, el Alto Tribunal argumenta que la recurrente *prescinde de algo esencial y probado* como es que con bastante antelación a la inscripción del embargo a favor del Banco Popular, S.A., las fincas sobre las que versa el litigio, constaban inscritas *con específica concreción dominical* a favor de los cedentes.

Con posterioridad se dicta la STS (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 1997⁶²¹, resolución en la que el TS estima una tercería de dominio ejercitada por D. Antonio y Dª. Concepción, compradores de una vivienda en construcción. Los terceristas, propietarios de un solar en Lérida, vendieron el mismo a la mercantil W., S.A., mediante escritura pública otorgada el día 16 de agosto de 1990. Con carácter previo, W., S.A. había solicitado ante el Ayuntamiento de la referida ciudad la licencia de obras para construir un edificio compuesto de sótano para plazas de garaje, local comercial en planta baja y cuatro plantas para viviendas (dos por planta), concediéndose la licencia el día 21 de enero de 1990. Las obras se iniciaron de inmediato, contratándose a la empresa V., S.A. para ejecutar los trabajos de construcción de la estructura de hormigón. Después de finalizarse dichos trabajos no se realizaron más obras de importancia, habiendo quedado el inmueble sin tabiques, ni paredes, ni ningún otro elemento estructural.

En la misma fecha en que los terceristas vendieron el solar, la compradora, la mercantil W., S.A., otorgó escritura de obra nueva y constitución del régimen de

⁶²¹ RJ 1997, 8123. Ponente Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

propiedad horizontal sobre el inmueble ya de su propiedad, resultando éste dividido horizontalmente en diez fincas. También el día 16 de agosto de 1990, la sociedad W., S.A. vendió a los terceristas el local de la planta baja del edificio en construcción.

Posteriormente, en marzo de 1991, la empresa que ejecutó los trabajos de hormigonado, tras el impago de varias letras de cambio, consigue embargar las fincas resultantes de la división horizontal, incluida la perteneciente a D. Antonio y D^a. Concepción, cuyo título de dominio accede al Registro de la Propiedad con posterioridad a la anotación de embargo.

La defensa opuesta por los demandados, V., S.A., giraba en torno al argumento de que no podía haberse producido la transmisión de la propiedad a favor de los cedentes del solar al estar construidos sólo los cimientos del edificio en el momento de otorgarse la escritura de compraventa del local comercial. Para que dicha transmisión pudiera haberse producido era necesario que el transmitente tuviera la verdadera y real posesión de la cosa que transmitía, lo que en este caso no puede sostenerse por la inexistencia física del objeto al momento de otorgarse la escritura pública, sin que el referido otorgamiento confiera a los terceristas ningún derecho preeminente sobre el local.

En primera y segunda instancia se consideró que la escritura pública que formalizaba la compraventa equivalía a la transmisión de la propiedad por estar descrito el inmueble en la escritura de división horizontal según lo que el art. 8.4 LH entiende por *construcción comenzada*. Formulado recurso de casación ante el TS, el Alto Tribunal, en el Fundamento Jurídico Segundo de su sentencia, se basa en el instituto de la prehorizontalidad para permitir el acceso del inmueble futuro a los libros del Registro de la Propiedad, de tal forma que, cuando surge el conflicto entre el ejecutante y el ejecutado, el tercerista ha consumado su adquisición:

[...] mas esta tesis del motivo no puede prevalecer frente a los razonamientos que expone la Sala sentenciadora ya que —lo que no ha sido desvirtuado— cuando el 16 de agosto de 1990, se otorga la escritura de compraventa del local objeto del embargo, éste estaba en construcción y, además incluso formaba parte de la previa

comunidad horizontal que se constituyó con la misma fecha, por lo cual, es aplicable el art. 8.4.º de la Ley Hipotecaria que bajo la modalidad de la llamada «prehorizontalidad» permite la posibilidad de que sean objeto de inscripción los edificios de régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté por lo menos comenzada, lo que determina pues, que de dicho título, no sólo nació con ese carácter público, sino que accedió al Registro de la Propiedad si bien posteriormente en 22 de mayo de 1991; y a lo que se añade que al haberse iniciado la construcción, y no existir prueba en contrario de que posteriormente no se continuase la misma, concurriese ya el objeto de su posesión material por parte de los terceristas, dato bien significativo, pues, al producirse el dilema y la pugna con respecto al demandado —el ejecutante—, que será cuando hayan de contrastarse los respectivos derechos de cada uno de ellos, o sea, por lo que respecta al título del tercerista, su posibilidad dominical en el momento de la confrontación, por haberse ya producido la traba o el embargo a cuyo alzamiento tiende la acción de tercería; y al punto se subraya, al no existir, pues, prueba en contrario, que cuando se produce el embargo en 26 de marzo de 1991, con su anotación en 27 de marzo de 1991, estaba entonces perfectamente consumada la titularidad del tercerista, por lo que hasta dentro de la dialéctica en la que sitúa el tema el motivo, se confirma la plena constitución de dicha titularidad dominical y su preferencia indiscutible a los fines de estimar la acción de tercería (por lo demás hasta huelga traer el apoyo de la posibilidad del art. 1271.1.º CC, en cuanto al objeto de la compraventa del local de 16 de agosto de 1990, en relación con el 1450, pues, ambos integran el título del negocio consumado en cuanto al modo por lo antes expuesto, amén de que en esa escritura se vende como verdadero cuerpo cierto y existente.

Un dato importante que cabe extraer de esta resolución y es merecedor de comentario aparte es el hecho de que la escritura de división horizontal se inscribe en fecha posterior a la anotación del embargo trabado por la sociedad V., S.A. En este sentido, podría considerarse que debido a la no constancia registral de la constitución de la propiedad horizontal decae toda posibilidad de los terceristas de extraer del embargo las fincas que conforman su contraprestación. Sin embargo, la doctrina científica⁶²² es contundente en cuanto a lo no atribución de carácter constitutivo a la inscripción de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, de modo y manera que, a efectos de levantar el embargo, lo determinante será que se haya constituido previamente dicho régimen en instrumento público para que pueda operar la equivalencia contenida en el art. 1462.2 CC cuando se ha otorgado igualmente mediante escritura pública la transmisión de los elementos futuros.

⁶²² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “La llamada prehorizontalidad...”, ob. cit., pág. 138, reseña que en el Derecho positivo español la inscripción registral de la propiedad horizontal no es requisito constitutivo de la misma, produciendo exclusivamente cuando accede al Registro los efectos derivados de la fe pública registral. De hecho, asevera, que «una propiedad horizontal no inscrita no sería nunca una genuina situación de prehorizontalidad, sino pura y simplemente una propiedad horizontal no inscrita». A su vez, GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: “Tercería de dominio...”, ob. cit., págs. 279 a 281, admite que sobre los pisos y locales futuros, como nuevos objetos de derechos, pueda adelantarse con el mismo efecto público la tradición, conforme al art. 1462.2 CC, «sin que los acreedores puedan verse protegidos por la falta de constancia registral de esta circunstancia».

A su vez, el examen de la jurisprudencia menor revela que han sido ciertamente escasas las resoluciones en las que se procede a reconocer efectos jurídico-reales a la escritura pública que documenta el negocio jurídico de aportación de solar por obra futura.

Entre estas resoluciones encuentra un lugar destacado la SAP de Granada (Sección 3ª de lo Civil), de 28 de mayo de 2001⁶²³. La cuestión fáctica gira en torno a la suscripción de un contrato privado de permuta, el 29 de marzo de 1993, entre D. José Luis e Inmobiliaria C., S.L., protocolizado posteriormente en escritura pública, especificándose en la misma que la contraprestación a la cesión del solar consistía en la entrega por parte del cesionario de dos locales comerciales y un piso de 125 m². Posteriormente, en mayo de 1996, se procede a dividir horizontalmente el edificio, recogiendo en dicho instrumento público a nombre del cedente las dependencias pactadas, asignándoles la cuota de participación correspondiente en los elementos comunes de la comunidad creada.

En abril de 1998 se procede a embargar el piso y uno de los locales del cedente, anotándose preventivamente dicho embargo en el Registro de la Propiedad, extremo que determina la interposición del procedimiento de tercería de dominio que da lugar al fallo que se comenta.

Esta sentencia compendia perfectamente el sentir de la doctrina científica favorable a la atribución de eficacia jurídico-real a la escritura pública de permuta, mencionando las resoluciones del Alto Tribunal tanto a favor como en contra de la misma, si bien sostiene que el supuesto de hecho que se juzga es idéntico al de la STS de 14 de noviembre de 1997, anteriormente analizada, con una propiedad horizontal constituida y con asignación de cuotas a los elementos a entregar al cedente del suelo. En idéntico sentido, acoge la argumentación de la RDGRN de 16 de mayo de 1996 en cuanto la Sala considera a los inmuebles a construir como objetos futuros en formación,

⁶²³ AC 2060. Ponente: Ilmo. Sr. Klaus-Jochen Albiez Dohrmann.

no como cosa futura en esencia sino sujetos a un resultado futuro, los cuales *ab initio* permiten superar el estadio puramente obligacional para entrar en el ámbito de la eficacia jurídico-real. Véase de manera literal cómo el Fundamento Jurídico Primero de esta resolución acoge lo expuesto anteriormente:

De todos estos datos se colige que se ha producido por el efecto de la tradición instrumental "ex" artículo 1462 del C.C. una transmisión sobre un objeto ya transformado al estar en construcción, perfectamente individualizado en la escritura de 21 de mayo de 1996, aunque no se han entregado las llaves como reconocen los propios terceristas en su confesión judicial. Al hablar de pisos en construcción, según la doctrina científica, se contempla un resultado futuro, pero no una cosa futura, sino una cosa presente en transformación, un objeto jurídico en formación, que permite superar ya "ab initio", el estadio puramente obligacional para entrar ya en el ámbito de la relación jurídico-real (así, García Arango). También precisa la doctrina científica que el título y el modo es predicable con mayor énfasis si el contrato de cambio de solar por edificación futura se ha constituido en escritura pública y se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, incluso si se ha realizado la declaración de obra nueva y división horizontal con constitución de régimen de propiedad horizontal, apareciendo el "tradens" como titular de los pisos o locales convenidos, (así Serrano Chamorro). En la STS 17 noviembre 1988 se llega a afirmar que la asignación de una cuota de participación implica un acto de entrega. La DGRN en relación con el problema expuesto, ha considerado que el piso o local de un edificio que se va a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación sobre el cual pueden recaer derechos reales. Según este órgano, la propiedad de dicho inmueble puede transmitirse (incluso aunque materialmente no hayan comenzado las obras) si la compraventa u otro contrato traslativo del dominio se otorga en escritura pública, dada la eficacia traditoria de la misma. Así, lo ha entendido la RDGRN 16 mayo 1996, referida a un caso de permuta de solar por pisos, en el que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-pisos no obstaculiza la "inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio, al estar otorgado en escritura pública". El supuesto que analizamos encaja perfectamente en la STS 14 noviembre 1997 que estima procedente la tercería de dominio después de declarar que quien compra mediante escritura un local cuya construcción ha comenzado materialmente y que forma parte de un edificio ya sometido al régimen de propiedad horizontal (prehorizontalidad) adquiere la plena titularidad del mismo y está legitimado, en consecuencia, para alzar el embargo que se haya practicado sobre el local después del otorgamiento de la escritura. Al igual que han podido ser embargados el local comercial o de negocio, señalado con el numero..., y el piso..., señalado con el número..., también pueden ser objeto de tercería de dominio para lograr mediante esta acción particular el levantamiento de los embargos al ser posteriores a la transmisión que según esta Sala considera perfectamente demostrada (tuvieron lugar el 2 de abril de 1998 y fueron anotadas en el Registro de la Propiedad del 15 de junio de 1998).

Cabe reseñar, asimismo, la SAP (Sección 1ª de lo Civil) de Badajoz, de 20 de junio de 1997⁶²⁴, poniendo en valor la claridad de miras de la Sala a la hora de tomar en consideración, sin argumentos engolados, la tesis ya constatada por la RDGRN de 16 de mayo de 1996 pero todavía enmarcada en un momento anterior a la entrada en vigor del

⁶²⁴ Ponente: Ilmo. Sr. Jesús Plata García (AC 1997, 1272). En el mismo sentido se obtuvieron otros tres fallos similares del mismo Tribunal: SAP de Badajoz de 3 de febrero de 1998 (AC 1998, 3609), dictada también por la Sección 1ª, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Ramiro Valiña Mediavilla y las sentencias de 27 de marzo, Ponente: Ilmo. Sr. Isidoro Sánchez Ugena (AC 1998, 526) y 3 de julio de 1998, Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Carapeto Márquez de Prado (AC 1998, 5998), ambas de la Sección 2ª de la referida Audiencia Provincial.

RD 1867/1998. En esta sentencia se recrimina al legislador que no se modifique la teoría del título y el modo, cuya estricta aplicación desemboca en consecuencias fatales para el cedente del solar de entenderse que no opera a favor del mismo la transmisión instrumental respecto a la edificación futura estipulada.

Los hechos que dieron lugar a esta resolución, sintéticamente expuestos, son los siguientes: el día 1 de febrero de 1994, los actores, D. Saturnino, D. Manuel y D^a. María Teresa, ceden a la entidad promotora-cesionaria para su derribo, una casa sita en la ciudad de Badajoz, comprometiéndose esta entidad a construir sobre el solar resultante un edificio en altura, entregando a cambio a los anteriores propietarios la totalidad de la primera planta que constaría de dos viviendas de aproximadamente 80 m² cada una y dos plazas de garaje. Así las cosas, el día 5 de abril de 1995, la promotora otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio, quedando inscrito a su nombre la totalidad del mismo. Posteriormente, el 19 de abril de 1996, se anotó mandamiento de embargo a favor de otra mercantil en juicio ejecutivo contra la entidad promotora sobre 14/18 avas partes de la planta semisótano destinado a garajes. Después, el 22 de mayo de 1996, se otorga escritura pública de entrega de dos viviendas y de las plazas de garaje a los cedentes, fincas que, aun estando el piso en construcción, acceden al Registro de la Propiedad aunque con posterioridad al antedicho embargo.

Los actores interpusieron un procedimiento de tercería de dominio contra la cesionaria y la mercantil embargante para alzar el embargo de la planta semisótano, demanda que fracasó en el Juzgado de Instancia por entenderse que las fincas no pertenecían a los actores en el momento del embargo, ostentando los mismos únicamente un derecho de crédito. La Sala estimó la tercería de dominio por considerar que la adquisición de los cedentes de las piezas pactadas es anterior al embargo trabado, determinando su enfoque la virtualidad de la prehorizontalidad así como la concurrencia de *traditio* instrumental en la escritura de permuta o cesión en virtud del art. 1462.2 CC. Incide la Sala en la consideración de la obra comenzada en sentido técnico, según la teoría iniciada por CÁMARA ÁLVAREZ, y a la consideración de toda obra de construcción como un objeto jurídico complejo y en continua transformación. Se transcriben por su importancia los Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto de la resolución:

TERCERO.-

El resultado del litigio y un examen de la hoja registral obrante a los folios 63 a 70, de la que resultan profusión de embargos derivados de deudas contraídas por la entidad cesionaria, nos revela una verdadera devastación de los derechos de los actores que han sido burlados por la actividad de la entidad promotora «Pardaleras, SL», la cual según es costumbre, ya gira en el mercado inmobiliario con otro nombre y entidad «Metro cuadrado Gestiones Inmobiliarias, SL», esta situación tan frecuente, por desgracia en la contratación inmobiliaria que deja indefenso al cedente del suelo en caso de hipoteca, venta o embargos del Promotor, ni es remediada por el legislador, ni podrá desde luego ser solucionada, con una aplicación rígida de la teoría del título y del modo afirmando que la escritura pública de cesión no constituye «traditio».

CUARTO.-

La solución ha de encontrarse en sede de prehorizontalidad, sin ver obstáculos en la condición de cosa futura de los pisos a construir y sin necesidad de acudir al contrato innominado «do ut des» o a la permuta de cosa futura como «res sperata», y considerar al edificio o piso a construir como un objeto jurídico complejo y en formación (De la Cámara) que comienza con el proyecto y la licencia, sigue con la declaración de obra nueva y división horizontal para lo cual basta con que la obra esté meramente comenzada (artículo 8.4.º de la Ley Hipotecaria) y acaba finalmente con la terminación de la obra, momento en que culmina su realidad como objeto ya ultimado y acabado y sin que se aprecie ninguna dificultad en estimar que desde que se otorga la escritura pública de cesión, llámese permuta o similar, dicha escritura supone la tradición del artículo 1462 párrafo 2.º del Código Civil, «traditio ficta» o instrumental que no constituye con las otras formas de tradición que explicita el Código, un «numerus clausus» y máxime estando en nuestro Derecho las formas de tradición tan espiritualizadas, «traditio solo consensu», formas de adquirir el dominio sin tradición entrega de bienes incorpóreos que la teoría del modo queda reducida poco menos que a la nada y si aún resulta fecunda es porque más que de la entrega es el significante de los derechos reales. Sugestiva es a este respecto la Resolución de la Dirección General de los Registros y de Notario de 16 mayo 1996, constituye una doctrina clara y sencilla que resuelve muchos problemas artificialmente creados, pues para la Dirección el derecho que se adquiere por quien compra un piso o local a construir tiene el carácter de verdadero y actual derecho real y nada obsta a su inscripción desde el momento mismo de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio, si éste se otorga en escritura pública (artículos 609 y 1462 del Código Civil) y sigue diciendo la resolución que dado el carácter de verdadero y actual «derecho real» del piso o local en edificio a construir respecto a las posibilidades de su reflejo registral inmediato, ha de señalarse que si el artículo 8.5 de la LH impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de Propiedad Horizontal sobre todo el edificio lo que a su vez queda supeditado al consenso de la construcción —artículo 8.4 de la LH— nada obsta a su inscripción inmediata aunque todavía figure registralmente, como solar, antes al contrario, avalan tal inscripción: el carácter «real» del derecho cuestionado (artículos 1, 2 y 9.3 de la LH) la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (artículos 8, 4, 2 de la LH) y la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción. En definitiva que nada obstaría a la validez del negocio celebrado entre las partes, este negocio de permuta por el que una de ellas cede íntegramente el suelo a la otra y ésta, a cambio, asume la obligación de realizar determinadas edificaciones y transfiere inmediatamente a aquélla el derecho a pisos y locales del edificio convenido, siendo posibles, lícitas y perfectamente determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso obstaculice la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio, al estar otorgado en

escritura pública (artículos 609, 1538 y 1095 del Código Civil y 1492 del mismo Texto Legal).

Asimismo, cabe poner de manifiesto otros dos fallos provenientes de la AP de Baleares, coincidentes en cuanto a la estimación de una demanda de tercería de dominio, concediendo ambas resoluciones efectos jurídicos-reales a la escritura pública de permuta por obra futura. En cada uno de los supuestos juzgados, los cedentes adquirieron automáticamente la propiedad de los elementos a construir aun a pesar de no estar inscrito su derecho, gozando de primacía frente a los acreedores de los cesionarios con embargo anotado en el Registro de la Propiedad.

La primera de estas resoluciones es la SAP de Baleares (Sección 3ª de lo Civil), de 9 de enero de 2003⁶²⁵, cuyos contratantes hicieron constar en la escritura de permuta con prestación subordinada de obra otorgada el 21 de enero de 1993, que el precio cierto a satisfacer por los cesionarios, D. Federico y D. Domingo, a los cinco hermanos propietarios del solar, *consiste en la entrega y adjudicación, como contraprestación a los cedentes, en propiedad definitiva y en concepto de libre de toda carga, gravamen y arrendamiento, como cuerpos ciertos y en pleno dominio* de tres viviendas situadas en la planta baja, con una superficie determinada cada una de ellas de 106,74 m² y un apartamento situado en la planta primera de unos 79,62 m² construidos, todo ello de conformidad con el proyecto elaborado por el arquitecto Sr. Benito, visado en el Colegio de Arquitectos en octubre de 1992 y con licencia municipal de obras de 25 de noviembre del mismo año.

Posteriormente, el 19 de febrero de 1993, los cesionarios otorgaron escritura pública declarando la obra nueva en construcción y la constitución de la propiedad horizontal, reflejando las piezas de edificación que debían revertir a los cedentes una vez finalizada la misma, en pago de la cesión del solar.

Con las dos operaciones descritas anteriormente ya inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de los cesionarios —incluyendo las fincas resultantes de la división

⁶²⁵ Ponente: Ilma. Sra. Catalina Moragues Vidal (AC 2003, 666).

horizontal—, a raíz de determinadas deudas tributarias de D. Domingo, se procede, con fecha 7 de febrero de 2000, al embargo de la mitad indivisa perteneciente al mismo en cada una de las cuatro fincas fijadas como contraprestación a los cedentes.

Los cedentes procedieron en consecuencia a interponer demanda de tercería de dominio siendo desestimada la misma mediante Auto por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Palma de Mallorca, motivando la interposición del ulterior recurso de apelación ante la AP de Baleares. Sobre estas premisas, la Sala, apoyándose en su sentencia de 16 de mayo de 2000 en la que da solución a un supuesto similar —y que se verá a continuación—, en las SSAP de Badajoz a las que se ha hecho mención con anterioridad así como en la RDGRN de 16 de mayo de 1996, reitera que, si la ficción de acceso tabular contenida en el art. 8.4 LH permite inscribir el embargo de un inmueble futuro materialmente inexistente, no se atisba problema alguno en que opere la tradición instrumental respecto a los futuros departamentos desde que se suscribe el negocio jurídico en escritura pública, en virtud del art. 1462.2 CC. Tomando en consideración todo lo anterior, la AP falla a favor de los terceristas, aun no constando inscrito su derecho, como consecuencia de haber concurrido título y modo con carácter previo al embargo por las deudas tributarias, como se hace constar en el Fundamento jurídico tercero:

Por consiguiente, en atención a todo lo dicho procede revocar la sentencia recurrida y estimar correlativamente la tercería de dominio en relación a las tres viviendas y el apartamento que fueron objeto del contrato de permuta de solar por obra a construir, porque y así se ya por esta Sala en su sentencia núm. 33/2000, "los terceristas adquirieron el dominio de éstos en el momento de otorgamiento de la escritura y su derecho, aún a pesar de no estar inscrito, es preferente, por ser anterior, al de los acreedores de los cesionarios, pues el embargo, aún el inscrito, no crea ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones, estando sujeto a la regla del "prior tempore, potior iure" y solo otorga preferencia sobre los bienes anotados, en cuanto y respecto a los que tengan con el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad, y no genera más particularidad que la de obligar al acreedor anterior que no inscribió antes su derecho a presentar tercería para acreditar su dominio o su mejor derecho".

La segunda resolución que se ha de poner de relieve en la misma línea argumentativa es la dictada por la misma Sección de la AP de Baleares, el 16 de mayo de 2000⁶²⁶, siendo en este supuesto el embargo trabado por deudas existentes con la

⁶²⁶ Índice CENDOJ: 07040370032000100432. Ponente: Ilmo. Sr. José Miguel Bort Ruiz.

Seguridad Social. La fundamentación de esta sentencia es la que se recoge en la de 9 de enero de 2003 que ha sido objeto de mayor comentario si bien motivado por la inclusión en esta última de las resoluciones de la AP de Badajoz a las que se hace alusión en este apartado del presente trabajo así como al análisis de la RDGRN de 16 de mayo de 1996.

V.3. SSTs que admiten la tradición material de los objetos futuros mediante documento privado

V.3.1. El encaje en la práctica contractual del documento privado y su eficacia traditoria

Antes de abordar las resoluciones del TS que admiten la tradición material de los objetos futuros, conviene hacer una digresión sobre la eficacia traditoria de los documentos privados así como recalcar sus ventajas y desventajas en la práctica contractual cotidiana, centrada en los contratos de compraventa de inmuebles sobre plano y en el propio contrato de permuta de solar por obra futura.

En efecto, la decisión de las partes en cuanto a la forma de su contrato puede obedecer a diferentes motivaciones, interesando, al menos de forma inicial, vincularse mediante un contrato privado a sabiendas de que exclusivamente posee eficacia *inter partes*. Las razones que muevan a los contratantes a consignar su negocio jurídico de una u otra forma son tan variadas como múltiples pueden ser las situaciones del cedente y/o cesionario en el concreto momento de suscribir el contrato.

Si tomamos como referencia el concreto ámbito de la compraventa de inmuebles sobre plano, la formalización inicial se efectuará en el documento privado que ofrecerá el propio promotor inmobiliario y con un limitado margen para negociar y modificar las estipulaciones que el mismo contiene. El contrato objeto del presente trabajo, al margen de la problemática que envuelve a la transmisión de los elementos futuros, sí admite una negociación preliminar en la que ambos contratantes parten inicialmente de una

situación de igualdad para suscribir el negocio jurídico que les vincule en lo sucesivo. Recuérdese que una de las características del contrato de permuta de solar por obra futura es su carácter conmutativo.

La propia doctrina científica ha sido consciente de la forma de actuar de los contratantes y de cómo han diseñado su operación jurídico-inmobiliaria, con diferentes muestras al respecto. En este sentido, SERRANO CHAMORRO⁶²⁷ sostiene que el mecanismo más habitual utilizado por las partes para formalizar el contrato de cambio de solar por obra futura es, en primer lugar, firmar dos contratos —en el mismo momento o en otro diferente—, uno en documento privado y otro en documento público. Afirma que, inicialmente, se suele otorgar la escritura pública de compraventa del solar a favor del cesionario por un precio cierto, habitualmente en metálico. Sin embargo, el precio así reflejado será ficticio debido a que la verdadera finalidad de los contratantes es que el precio real sea la contraprestación del constructor-cesionario de entrega al cedente del solar de parte de la obra futura que el primero se compromete a ejecutar. Por su parte, el segundo contrato se suscribe mediante documento privado, estableciendo las partes su auténtica intención de permutar el solar por la futura edificación.

Por otro lado, MERINO HERNÁNDEZ⁶²⁸ afirma que, es usual en los despachos de los notarios que se firmen dos escrituras de compraventa para consumir las dos adquisiciones aunque los contratantes hayan suscrito previamente un documento privado que les sirve para quedar obligados inicialmente.

No obstante las opiniones expuestas, a través de la observación llevada a cabo en este trabajo, se sostiene que la forma más utilizada de diseñar este negocio jurídico es mediante la suscripción inicial por las partes de un contrato privado en el que queden recogido todos los extremos de su relación jurídica, o al menos los de mayor enjundia;

⁶²⁷ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 299. Idéntica mecánica describe SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., pág. 2213.

⁶²⁸ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: ob. cit., pág. 357.

posteriormente, una vez superadas determinados condicionantes, generalmente de tipo urbanístico, se otorgará la escritura pública de permuta de solar por obra futura.

Ahora bien, hay efectos conectados directamente a la escritura pública que la confieren un privilegio especial de partida frente al documento privado. En primer lugar, salvo que las partes hayan dejado constancia expresa de lo contrario, con el otorgamiento del instrumento público operará la entrega de la cosa o tradición instrumental⁶²⁹ en virtud del art. 1462.2 CC. Sin embargo, el documento privado carece en sí mismo considerado de virtualidad para transmitir derechos reales y habrá de venir acompañado de aquellos actos que hayan contribuido a que la cosa objeto del contrato se ponga en «poder y posesión» del adquirente⁶³⁰.

Junto a lo anterior, el acceso al Registro de la Propiedad y, por ende, la oponibilidad frente a terceros sólo puede efectuarse a través de instrumento público. De hecho, resulta obvio señalar que si el cesionario pretende financiar la construcción accediendo a préstamos externos, constituyendo al respecto la correspondiente hipoteca sobre el solar adquirido, vendrá obligado a firmar el contrato en escritura pública para que ésta tenga acceso al Registro de la Propiedad y sea oponible *erga omnes*, dando seguridad al tráfico en general y a la entidad financiera en particular —añadido todo ello a que la hipoteca es una de las excepciones del Derecho Hipotecario español respecto a la eficacia constitutiva de la inscripción *ex arts. 1875 CC y 145 LH*—.

⁶²⁹ NAVARRO CASTRO, Miguel: *La tradición...*, ob. cit., págs. 139 y 140, indica que atendiendo a la etimología de la expresión «instrumental», debería englobarse en la misma cualquier entrega que se verifique documentalmente, ya sea mediante documento privado, ya sea mediante documento público. En este sentido cabe hacer la precisión que efectúa LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: “Una paupérrima reforma...”, ob. cit., pág. 1030, respecto a que en la legislación contemporánea, la palabra «escritura» queda reservada para los documentos públicos que son autorizados notarialmente.

⁶³⁰ Es lo que sucede en la STS (Sala 1ª) de 24 de febrero de 2005 (RJ 2005, 2973. Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán), en la que, en el marco de una quiebra, se interesa la nulidad y la cancelación registral de una escritura pública de hipoteca otorgada por el quebrado posterior a la fecha de retroacción de la quiebra pero acreditándose que había concurrido título y entrega material de los locales pactados como contraprestación y, por ende, habiendo devenida propietaria la sociedad quebrada. El Fundamento jurídico segundo revela lo siguiente: *El motivo no puede ser atendido, pues como manifiesta la sentencia apelada en su fundamento jurídico tercero, concurría en la actora no sólo título apto, constituido por la escritura de permuta, sino también la entrega de la cosa, puesto que, según manifestó Promociones El Palais S.L. al responder al requerimiento previo dirigido por la depositaria de la quiebra, el local en cuestión había sido entregado a la cedente de los solares, una vez terminada la construcción. Habrá de concluirse que Gascón Langreo, SA era realmente propietaria del local, por concurrencia del título y de la entrega, desde fechas anteriores a la constitución de la hipoteca, según el documento privado y el acta notarial, no contradichos por prueba alguna en contrario.*

Las reflexiones apuntadas *supra* han sido puestas de manifiesto por diferentes autores. SERRANO GÓMEZ⁶³¹ ratifica que el contrato que se estudia podrá otorgarse en escritura pública o en documento privado, dependiendo la adquisición de la propiedad del solar por el constructor de la opción escogida; en caso de que se opte por el documento privado se requerirá posteriormente la tradición material o real mientras que si se hace en escritura pública operará la tradición instrumental, salvo que se disponga lo contrario. Es decir, en el supuesto de que las partes decidan suscribir el contrato en documento privado, el cesionario adquirirá la propiedad una vez que el cedente le ponga en poder y posesión del suelo, operando la tradición material regulada en el art. 1462.1 CC. Si, por el contrario, la cesión del solar se articula otorgándose la correspondiente escritura pública, ésta equivaldrá a la entrega de la cosa, salvo que las partes hayan estipulado claramente lo contrario.

El citado jurista concentra la bondad de acudir a la escritura pública por dos motivos principalmente: el primero de ellos es que al constructor le interesará la constancia de su adquisición en el Registro de la Propiedad para tener acceso al crédito e incluso para tener más seguridad aun cuando la financiación no sea estrictamente necesaria; el segundo entra en conexión con la figura del cedente pues éste quedará eximido de toda responsabilidad derivada de la edificación cuando ya se ha transmitido la propiedad al cesionario. Como contrapartida, el cedente se queda privado del inmueble sin obtener nada a cambio en ese momento y quedar a expensas de las «vicisitudes económicas» que al constructor le puedan acontecer⁶³².

PLANA ARNALDOS⁶³³ corrobora que lo normal suele ser optar por la escritura pública con la finalidad de que la misma acceda al Registro de la Propiedad y el constructor pueda tener acceso a la financiación que le permita emprender la edificación deseada. Asimismo, el instrumento público también favorece la posición del cedente

⁶³¹ SERRANO GÓMEZ, Eduardo: ob. cit., págs. 73 y 74.

⁶³² También aparece esta conclusión en LÓPEZ FRIAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 20. Sostiene esta tratadista que con la transmisión del dominio del solar, el cedente se desentiende totalmente de la responsabilidad del proceso constructivo y de las cargas inherentes al dominio de una finca urbana (urbanísticas y fiscales). Ahora bien, recoge que el precio que el cedente paga por ello es muy alto al perder de inmediato la titularidad de un bien escaso y de indudable valor.

⁶³³ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: “Transmisión del dominio en contratos con objeto futuro ...”, ob. cit., pág. 105.

cuando no existe discrepancia alguna entre éste y la entidad que financiará la edificación en anteponer el rango hipotecario, pasando la hipoteca a ocupar lugar preeminente frente a la condición resolutoria que el cedente haya podido pactar como garantía para el caso de que el constructor incumpla sus obligaciones.

Otra perspectiva la otorga MARTRA FONTAS⁶³⁴, quien se centra más en el ámbito tributario y de las garantías, para aconsejar el otorgamiento de la escritura pública pues de no acudir a su formalización, «siempre quedará en duda la garantía de alguna de las partes», quedando mejor salvaguardados sus derechos con la misma. Con el documento privado —aduce—, el solar permanece a nombre del cedente a efectos de terceros y el cesionario verá peligrar su adquisición si los acreedores que pudiera tener el inicial dueño del suelo traban embargo contra el mismo o éste lo enajena a un tercero; lo mismo sucede a la inversa por venir a peor fortuna el constructor.

Como corolario, siguiendo en este punto a SERRANO GÓMEZ⁶³⁵, hay que concluir que la práctica diaria favorece la formalización en escritura pública y consiguiente transmisión de la propiedad del solar *ab initio*, por la inflexible postura⁶³⁶ que adopta el cesionario si necesita acceder a la financiación externa de la edificación. De esta forma, en un altísimo porcentaje de los contratos suscritos se verifica, con respecto a las partes contratantes, lo que para ALONSO PÉREZ⁶³⁷ es «el desequilibrio existente en el mercado», esto es, que la problemática que pueda surgir en virtud de este vínculo contractual afectará en mayor medida al cedente que al constructor por gozar éste último de una clara posición dominante en el mercado, imponiendo además «la articulación jurídica de la relación que le resulta más beneficiosa».

⁶³⁴ MARTRA FONTAS, Eduardo: ob. cit., págs. 8 y 9.

⁶³⁵ SERRANO GÓMEZ, Eduardo: ob. cit., pág. 74.

⁶³⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: ob. cit., pág. 4. Reconoce esta autora que a pesar de la libertad de pactos existente entre las partes como consecuencia de la autonomía de la voluntad y, por ende, de acordar libremente la forma que ha de adoptarse, lo cierto es que el constructor tiene la «necesidad» de que opere a su favor la transmisión del dominio para gozar de la publicidad del Registro de la Propiedad y acudir de forma diáfana a la financiación necesaria para emprender la edificación.

⁶³⁷ ALONSO PÉREZ, M^a Teresa: “Una alternativa al contrato...”, ob. cit., pág. 1023.

V.3.2. Relación de SSTS que admiten la tradición material de los objetos futuros mediante documento privado

En primer lugar hay que destacar la STS (Sala 1ª) de 2 de febrero de 1994⁶³⁸ en relación con un contrato de compraventa sobre plano. En este supuesto de hecho, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valladolid estimó una demanda de tercería de dominio interpuesta por Dª. Cristina frente a la Recaudación de Tributos del Estado y Construcciones Villaverde Hnos., S.A., en la cual se solicitaba se declarase que la demandante era propietaria de la vivienda embargada por la citada Recaudación, ordenándose el alzamiento del embargo. La actora argumentó que poseía un contrato privado de compraventa de 31 de octubre de 1986, visado por la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Castilla y León el 16 de febrero de 1987 y que la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad, tuvo lugar el 3 de julio de 1987, lo que daba lugar a la transmisión de la propiedad por concurrencia de título y modo. Como prueba de que había llevado a cabo una serie de actos de los que se infiere una cierta posesión sobre la vivienda objeto del contrato, la actora aportó al procedimiento una relación de facturas que acreditaban la adquisición de varios materiales de construcción que habría de emplear en mejorar y acondicionar a su apetencia la finca adquirida.

El abogado del Estado recurrió en apelación ante la AP de Valladolid, dictándose sentencia confirmatoria de la recaída en el Juzgado *a quo* basándose en idénticos razonamientos. Posteriormente, el abogado del Estado plantea recurso de casación ante el TS entre cuyos motivos incide en atacar la inconsistencia de las facturas presentadas por la tercerista como prueba de la contratación de materiales y obras para acondicionar el inmueble objeto de litigio. Sin embargo, el Alto Tribunal confirma la validez y virtualidad de las mismas atribuida por la Sala de apelación. A su vez, las antedichas facturas confirman los indicios posesorios que deben ser suficientes para estimar el procedimiento de tercería de dominio a favor del tercerista por cuanto — literalmente afirma—, un *entendimiento cabal* de lo que es este tipo especial de procedimiento debe confluir en apreciar en el tercerista la existencia de un derecho que le permita alzar el embargo, sin que se le requiera demostrar el dominio sobre la cosa.

⁶³⁸ RJ 1994, 861. Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

Asimismo, de entre los motivos que el recurrente en casación introduce en su impugnación, hay que detenerse en el ataque que efectúa a la eficacia frente a terceros del documento privado y, por ende, a la vulneración que entiende se ha producido del art. 1227 CC. No obstante, el TS mantiene que el visado ante la referida Consejería confirma la autenticidad del contenido del documento, incluido su fecha.

A la vista de lo relevante de esta resolución, se extractan los fragmentos más significativos del Fundamento Jurídico Segundo:

En el CUARTO MOTIVO, se denuncia al amparo del antiguo núm. 5 del art. 1692 LECiv, la infracción por interpretación errónea del art. 609, párr. 2.º CC, en cuanto a los requisitos para la constitución o adquisición de los derechos reales en nuestro sistema jurídico, que exige, no solamente el título, sino también el modo o «traditio» en que no basta la existencia del título, si no se acompaña el modo; y que en el caso de autos, no ha habido tal modo, por lo que falta el principal requisito para entender que efectivamente se da la titularidad dominical en el derecho ejercitado por el tercerista. El motivo es inconsistente, porque, aparte de la existencia de los indicios posesorios -teniendo en cuenta lo antes indicado en la propia convicción de la sentencia recurrida-, se subraya, que, en caso alguno, debe centrarse el aspecto de la discrepancia jurídica, por la existencia o no del dominio a favor del tercerista, ya que, huelga reiterar, que en su entendimiento cabal y exacto de esta acción de tercería de dominio, el tercerista no tiene que demostrar el dominio sobre la finca u objeto embargado, sino, un derecho que le permite instar -como lo ha hecho-, el alzamiento del embargo en cuestión, siendo por ende la resolución correspondiente de tales acciones de tercería, dirimente en exclusiva si es estimatoria acerca del alzamiento del embargo preexistente, por lo cual, hipotéticamente, en el caso de esa falta de «traditio» o modo en el proceso adquisitivo de dominio del bien embargado (que se repite, no se ha acreditado), nunca puede derivar en negar al tercerista, su derecho suficiente para la pretensión de alzamiento del embargo que se trata, por lo que, el motivo ha de rehusarse. En el QUINTO MOTIVO, se denuncia por igual vía jurídica, la infracción por interpretación errónea, del art. 1227 CC, y se hace constar, que si bien la fecha del documento privado se contará respecto del tercero, desde su inscripción e incorporación a un Registro Público, eso supone, que únicamente la fecha es lo que vincula con respecto a tercero, sin que ello derive en la fehaciencia del hecho que motiva su tratamiento; el documento privado —se continúa— de compraventa visado por un Organismo Autónomo sólo es posible al tercero en cuanto a la fecha, y ahí termina su eficacia. El motivo también es inconsistente, porque la Sala ha pretendido, al resaltar la existencia del visado de dicho documento por parte de la Delegación Territorial de la Consejería de Obras Públicas, en 16 de febrero de 1987, confirmar su condición de autenticidad de su contenido, y lo cual, naturalmente, supone una aplicación razonable de la sanción del art. 1227 CC, es decir, que si su fecha es oponible a terceros, un sentido de integración lógica en el mundo de los negocios, de dicha oponibilidad, habrá de proyectarlo también al cuerpo del documento sobre el cual está transcrita la fecha en cuestión, ya que, sería insólito pensar, que sólo la fecha vincula sin relación alguna con la materialización del cuerpo que aparezca inscrito en el documento en cuestión (se vaciaría entonces de sentido el porqué de ese art. 1227), por lo que el motivo ha de rehusarse.

Algunos autores han mostrado su disconformidad con la solución del TS en este supuesto de hecho, negando que pueda defenderse que el constructor haya puesto el inmueble a plena disposición del adquirente, de forma contundente e inequívoca. Así lo expresa HERRADA ROMERO⁶³⁹, para quien la declaración de titularidad del bien embargado no puede quedar huérfana de una cumplida prueba de la misma por parte del tercerista, abarcando tanto al negocio traslativo del dominio como a la *traditio*, si tal titularidad proviene de una adquisición derivativa. En base a esta aseveración, RODRÍGUEZ GUITIÁN⁶⁴⁰ sostiene que la admisión de la tercería de dominio en estos casos por parte del Alto Tribunal se efectúa con escaso rigor jurídico y atendiendo más a razones de justicia material⁶⁴¹.

En la misma línea argumentativa que la resolución anterior, la STS (Sala 1ª) de 10 de mayo de 1994⁶⁴², viene a dar respuesta igualmente a un procedimiento de tercería de dominio formulado por la adquirente de una vivienda en construcción. En este caso se trata de la demanda interpuesta por Dª. Mª Teresa frente al Ministerio de Hacienda (Recaudación de Tributos de la Zona 1 de Valladolid). En este caso, el Alto Tribunal expone que, pese a no estar terminado y habitado el inmueble, la actora ha recibido la efectiva posesión a título de dueña, existiendo entrega real y efectiva del inmueble por el hecho de haber efectuado en el mismo determinadas obras y mejoras. Así lo manifiesta el Fundamento Jurídico Tercero:

El cuarto motivo con amparo procesal en el núm. 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción por la sentencia recurrida, por interpretación errónea, del artículo 609.2 del Código Civil. Niega el recurso que la

⁶³⁹ HERRADA ROMERO, Rafael Ignacio: “Comentario a la STS de 2 de febrero de 1994. Tercería de dominio: justificación por el tercerista del dominio sobre la cosa embargada; título y modo; innecesariedad de dicha justificación para alzar el embargo. Artículo 1227 del Código Civil: es oponible a terceros el contenido y no sólo la fecha del documento privado. Principio de legitimación registral: presunción iuris tantum; puede quedar desvirtuada por un pronunciamiento judicial. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria: no concurrencia de requisitos para que surja la figura del tercero hipotecario”, en *CCJC*, nº 35, 1994, pág. 474.

⁶⁴⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma Mª: “Tercería sobre vivienda en construcción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1998 (RJ 1998, 5548)”, en *RDP*, nº 2, 1999, págs. 400 y 401. Admite la autora que sería más matizable el caso en el que las mejoras son efectuadas por el adquirente-tercerista con materiales por él adquiridos ya que denota que ha gozado de la disposición del inmueble en ese concreto momento aunque tampoco la ejecución de tales trabajos acredita la entrega del inmueble futuro.

⁶⁴¹ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 54 y 55, también es consciente de que hay razones más prácticas que dogmáticas las que dan pie a considerar que el cedente del solar debe ser objeto de una mayor protección. No obstante, teniendo en cuenta que es difícil que el ordenamiento jurídico sea siempre un sistema equilibrado y perfecto nada obsta a que las razones prácticas se erijan como fundamentales para solventar problemas jurídicos.

⁶⁴² RJ 1994, 3896. Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz.

recurrida sea dueña del inmueble en cuestión por no haberle sido entregado, y, por tanto, según el motivo, carece de la posesión real que genera el dominio. El motivo sigue la suerte desestimatoria de los anteriormente examinados. Así, ya se deja dicho que según hecho probado la recurrida recibió la efectiva posesión a título de dueño de aquél, sin que para ello sea necesario que estuviera terminado y fuera habitable. Sabido es que la posesión civil tiene como base la intención de haber la cosa o derecho como propio (artículo 430 del Código Civil), a la que va unido, en supuestos como el debatido, el «animus dominii» y un reconocimiento jurídico consolidado por el título de dominio esgrimido y la consiguiente disposición sobre la cosa, al haber realizado obras y mejoras en ella. Por lo que no puede negarse que precedió una entrega de la cosa, que fue real y efectiva, como se requería por haberse hecho la venta en documento privado, según se deduce de las Sentencias de esta Sala de 14 junio 1966 (RJ 1966\3104), 8 diciembre 1974 y otras. En consecuencia, no aparece que haya sido infringido por interpretación errónea el artículo 609.2 invocado en el motivo, lo que da lugar al decaimiento de éste.

Sin embargo, situada temporalmente entre las fechas de las dos sentencias comentadas, el recurso o argumento relativo a las mejoras fue desestimado en la STS (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1994⁶⁴³, respecto a la tercería de dominio formulada por D. Luis frente a Construcciones Villaverde Hnos., S.A. y la Recaudación de Tributos de la Zona 1 de Valladolid, retornando el Alto Tribunal al tradicional fundamento de no haberse producido la entrega de la vivienda con anterioridad a la fecha de embargo, de modo y manera que el contrato privado sólo confiere al adquirente acción personal frente al vendedor.

Además, en la propia sentencia —Fundamento Jurídico Tercero— se argumenta en contra de la sentencia dictada el 2 de febrero del mismo año en el sentido de entender que el abono de obras o mejoras en los inmuebles que están en construcción no implica la ostentación de una situación de mayor protección para el comprador que la derivada de las propias implicaciones contractuales entre las partes, sin que dicho abono de mejoras o materiales pueda asimilarse a la entrega o a que el adquirente hubiera entrado en poder y posesión de la cosa:

No comparte esta Sala la argumentación expuesta, que no resulta convincente, dado que: a) La transmisión del dominio no afecta sólo a las partes en la compraventa sino que interesa a terceros, siendo ésta una de las razones por las que, en el sistema del Código Civil, inspirado en el Derecho Romano, la transmisión de la propiedad y demás derechos reales no se opera por la mera perfección del contrato si no es seguida de tradición (artículos 609 y 1095), conforme tiene reiteradamente declarado la doctrina jurisprudencial [Sentencias de 24 mayo 1980 (RJ 1980\1963), 14 octubre 1985 (RJ 1985\4842) y 1 marzo 1994 (RJ 1994\1637)], quiere decirse

⁶⁴³ RJ 1994, 2205. Ponente: Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres.

que la perfección del contrato de compraventa —que fue el celebrado entre el señor P. de la V. y «Construcciones Villaverde Hermanos, SA»— y sus consecuentes efectos obligacionales no es suficiente para que se entienda transmitido el dominio del piso vendido sino que se requiere la tradición mediante la entrega real de éste o la forma admitida en el artículo 1462.2.º («traditio ficta»); b) Es reiterada doctrina jurisprudencial [Sentencias de 31 octubre 1989 (RJ 1989\7036), 1 abril y 31 mayo 1993 (RJ 1993\2982 y RJ 1993\4058)] que el actor-tercerista debe probar inexcusablemente para el éxito de la pretensión que ejercita ante los Tribunales, que le asiste la necesaria condición de ser propietario de lo que pretende liberar de la traba, por haberlo adquirido conforme a ley; c) No cabe inferir del hecho de que el objeto del contrato fuera una vivienda en construcción que el comprador se convierta en dueño de la obra, pues lo cierto es que, en este supuesto [«emptio rei speratae», Sentencias de 3 junio 1970 (RJ 1970\2790) y 26 noviembre 1973] la entrega no puede realizarse hasta que se halle terminada la construcción y, entretanto, el contrato de compraventa produce sus efectos propios «inter partes» pero no existe transmisión dominical en favor del comprador; d) La circunstancia de que el señor P. de la V., para mejorar la vivienda comprada, abonase algunas cantidades a suministradores de materiales para la realización de mejoras sobre lo inicialmente previsto (Hecho probado) tampoco significa que hubiera entrado «en poder y posesión» de la cosa vendida (artículo 1462.1.º), ya que sólo revela una conducta incidente en la relación contractual entre vendedora y comprador, que no puede asimilarse a la entrega de la cosa vendida ni presupone que el comprador tenga la posesión de ésta, que sigue siendo una vivienda en construcción poseída por la vendedora; e) Consecuentemente ha de concluirse que en el momento de producirse el embargo (3 de julio de 1987), al que ha de estarse según constante jurisprudencia [Sentencias de 7 enero 1992 (RJ 1992\152) y 30 septiembre 1993 (RJ 1993\6661), entre otras], el señor P. de la V. no era dueño de la vivienda objeto de tercería, por lo que ha de acogerse el motivo examinado, lo que hace innecesario el estudio de los siguientes; y f) La discrepancia entre lo ahora resuelto y lo declarado en la Sentencia de 2 febrero del año actual (RJ 1994\861), citada en el acto de la vista, se debe, además de lo expuesto, a que la dictada por la Audiencia en aquel caso contenía una declaración del ejercicio de la posesión sobre el piso objeto de tercería que no se aprecia en el presente, en que sólo se alude a «la posesión del actor del inmueble antes de su entrega por la realización de mejoras por él encargadas y satisfechas, dado que habían de ser realizadas antes de las fechas de las facturas posteriores al embargo», lo que, en realidad, constituye una contradicción en cuanto se está reconociendo que la entrega no se produjo.

Esta oscilación en la jurisprudencia del TS es puesta de manifiesto por la propia doctrina científica⁶⁴⁴ al analizar dos sentencias dictadas en días sucesivos sobre el mismo objeto y con pronunciamientos divergentes. Se trata de las SSTS (Sala 1ª) de 17 y 18 de septiembre de 1996⁶⁴⁵ en las que el mismo ejecutante, la mercantil Forjados Riojanos, S.A., embarga unas viviendas en construcción como consecuencia de las cantidades adeudadas a esta empresa por un promotor inmobiliario, quien, con anterioridad a la traba de los pisos en cuestión, había suscrito con una serie de compradores un contrato de compraventa de tales pisos en documento privado. Los compradores proceden a interponer la correspondiente tercería de dominio en los dos

⁶⁴⁴ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 78 y 79 y SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 686 y 687.

⁶⁴⁵ RJ 1996, 6723. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete y RJ 1996, 6725. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros.

procedimientos que se instan, siendo estimada la demanda de tercería en ambos casos por la AP de La Rioja. Sin embargo, elevados los autos al TS, se resuelve de manera dispar.

En concreto, en la STS de 17 de septiembre de 1996, el Alto Tribunal vuelve a tomar en consideración la realidad de los actos posesorios de los compradores sobre las viviendas en construcción y la presunción de buena fe en concepto de dueños, entendiendo que los mismos han adquirido la propiedad de los inmuebles en construcción. Esta sentencia resuelve un supuesto similar al tratado con anterioridad en la STS (Sala 1ª) de 2 de febrero de 1994 en el que el contrato privado había sido visado administrativamente. Por ende, el Alto Tribunal defiende que no obsta a la válida adquisición el que su título conste exclusivamente en documento privado pues el mismo reúne los requisitos de eficacia *erga omnes* contemplados en el art. 1227 CC, haciendo una invocación al sistema de *numerus apertus* de formas de tradición admitidas por el ordenamiento jurídico. En concreto, los Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero establecen:

SEGUNDO.- En efecto, el sistema legal español de adquisición de la propiedad, previene, frente a otros meramente consensuales, la doble necesidad del título («ciertos contratos») y del modo («mediante la tradición») para que la traslación del dominio se produzca. Mas las formas de tradición, comprendidas en la escueta fórmula del artículo 609 del Código Civil cuya infracción se invoca, no se reducen para los inmuebles a la llamada posesión civilísima del artículo 1462 del mismo Texto Legal que establece, como regla general, que el otorgamiento de la escritura pública de venta equivaldría a la entrega de la cosa objeto del contrato, sino que, comprende diversas modalidades tales como la entrega de llaves u otras simbólicas o derivadas del hecho mismo posesorio, en relación con el título adquisitivo. La sentencia impugnada da por supuesta la existencia de la tradición de los pisos enajenados y luego embargados por débitos del anterior titular al establecer que «no sólo la entrega material se hace con la escritura pública», de manera que ciñéndonos a estos datos, la realidad del hecho posesorio en concepto de dueños y la presunción de buena fe que obliga a considerar bien adquirida aquélla, junto con la existencia de un título de propiedad legítimo (el contrato de compraventa) que aunque privado, figuraba «visado» por la Consejería de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de La Rioja, y, por ello, perjudicaba a terceros, desde la fecha del «visado» a tenor del artículo 1227 del Código Civil, no cabe más que aceptar el criterio de la expresada sentencia que hace depender los efectos protectores del embargo del derecho anotado, cuya naturaleza no cambia pese a estar anotado preventivamente en el registro inmobiliario, con anterioridad a la inscripción registral de la escritura pública, debiéndose estimar por ello, que los terceristas son propietarios del bien embargado con anterioridad a la fecha del embargo.

TERCERO.- No son, en consecuencia, de recibo los demás argumentos que toman pie de la sentencia de primera instancia (pues la que se impugna es la de segunda instancia que ha venido a sustituir a la de primera), acerca de que el hecho de la

posesión y de la efectiva ocupación u ocupación provisional en tanto se acomoda el piso, no significa que la tradición no se produzca, hasta que no están realizados los enganches de luz ni otros elementos propios de la habitabilidad que es un concepto diferente de aquella, igual que ocurre con los requisitos administrativos que condicionan la entrega de llaves. En definitiva, el motivo perece.

Por el contrario, en la STS de 18 de septiembre de 1996, el TS resuelve obviando la tesis de los actos posesorios de los compradores entendiendo que aunque se lleven a cabo determinados actos por los adquirentes sobre los pisos en proceso de ejecución, no puede considerarse que sean de entidad suficiente como para considerar que éstos hayan adquirido la propiedad de los mismos debido a su inexistencia física. Lo expuesto se constata en el Fundamento de Jurídico Segundo:

Así las cosas, el problema a resolver es si los actos posesorios realizados por los terceristas antes del otorgamiento de la escritura pública son significativos de que adquirieron la propiedad de sus viviendas con anterioridad a la traba del embargo. [...].

El motivo que se examina deja incólume el primer aspecto antedicho, y se centra en el segundo, y en este sentido debe ser acogido, ya que la Sala de Apelación ha infringido el art. 609 del Código Civil al estimar adquirida la propiedad de las viviendas sólo por la realidad de los contratos y el cumplimiento de la obligación de pago de los compradores antes del embargo según se lee en el más que confuso fundamento jurídico segundo de su sentencia, que contrasta vivamente con el cuarto de la sentencia de primera instancia. En este último se niega con precisión de datos que se efectuase «traditio», mientras que el primero no se hace más que una serie de consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el contrato de compraventa, pero sin rebatir los datos de la sentencia que se apeló en este punto que nos ocupa. Basta con un botón de muestra: mientras que en la sentencia de primera instancia se da como probado que el enganche de energía eléctrica no se produjo antes del embargo, deduciendo lógicamente que mal se puede entender entregada la vivienda, la Sala de apelación no lo rebate u opone otros hechos significativos de que hubo «traditio». Además, hay que tener en cuenta que las viviendas objeto de venta «se estaban construyendo» cuando los terceristas las adquirieron en sus contratos privados, por lo que los actos posesorios que pudiesen realizar antes de la terminación del objeto comprado, de que viniese a existencia, en modo alguno tienen la significación de que ya han adquirido la propiedad, pues ese objeto no existe. Otra cosa es que el vendedor permita o tolere aquellos actos posesorios para perfeccionar o acomodar el deseo de los compradores a la vivienda que posteriormente, una vez construida, les ha de entregar. Sostener lo contrario llevaría al absurdo de dejar sin sentido jurídico las obligaciones posteriores a esa hipotética entrega del promotor-vendedor. En la compraventa de cosa futura existe una obligación del vendedor de hacer lo posible para que tenga realidad y la pueda entregar tal y como se ha pactado, no se adquiere su propiedad por el comprador con anterioridad.

Finalmente, merece comentario aparte la STS (Sala 1ª) de 20 de octubre de 1989⁶⁴⁶. El motivo es que esta resolución ha sido puesta de relieve por la doctrina científica al surgir el debate de si a través de la concesión por parte del cesionario de un poder irrevocable al cedente para enajenar los departamentos que le corresponderán una vez finalizada la construcción puede considerarse que ha operado la *traditio* de los elementos futuros al amparo del *numerus apertus* de formas de entrega que existe en el ordenamiento jurídico español.

En esta ocasión, el TS resuelve un supuesto de tercería de dominio en el marco de un contrato de compraventa concediendo validez a un documento privado para provocar la transmisión de la propiedad al haberse hecho constar expresamente en una de sus cláusulas que el bien adquirido había pasado a la posesión jurídica del comprador, pudiendo éste enajenar a terceros el mismo.

Por lo que respecta a los específicos hechos que dieron lugar a la sentencia aludida, cabe reseñar que se produjo el embargo de varias fincas en la localidad asturiana de Avilés a resultas de la incoación de un procedimiento penal con objeto de salvaguardar las responsabilidades civiles a las que D. Gumersindo debería hacer frente. En trámite de apremio, los esposos D. José y Dª. Olvido y sus dos hijos interpusieron un procedimiento de tercería de dominio sobre las fincas embargadas.

A su vez, como datos relevantes cabe citar que el día 9 de octubre de 1979, D. Gumersindo constituyó hipoteca sobre un solar de su propiedad a favor de D. José, en garantía de un préstamo de catorce millones de pesetas. El acreedor era promotor-constructor inmobiliario por lo que ambas partes convinieron cancelar la hipoteca, estando aún el préstamo sin satisfacer, firmándose un documento privado el día 1 de abril de 1981 acordando que, para el cobro de la cantidad adeudada, D. José libraba una letra de cambio contra D. Gumersindo, quien aceptó la cambial. Al llegar el vencimiento de la letra de cambio y estando sin pagar el crédito, se suscribió el 11 de diciembre de 1981, un nuevo contrato por el que D. Gumersindo vendía en pago de su deuda a D. José cuatro pisos con sus correspondientes garajes. En dicho contrato de

⁶⁴⁶ RJ 1989, 6945. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales.

compraventa se incluyó la siguiente cláusula: *Cuarta. Don Gumersindo autoriza al señor Hevia Suárez [D. José] para que pueda vender los referidos cuatro pisos, con sus correspondientes plazas de garaje, a la persona o entidades que libremente desee, obligándose a otorgar las escrituras públicas de compraventa a nombre de la persona, personas o entidad que el señor Hevia Suárez designe, siendo todos los gastos e impuestos que las mismas originen, incluso Plusvalía, de cuenta y cargo de los respectivos adquirentes.*

Así las cosas, en noviembre de 1983, D. Gumersindo otorgó las respectivas escrituras públicas pero con fecha posterior a la traba. El Juzgado de Primera Instancia de Avilés estimó la demanda de tercería de dominio mientras que la AP de Oviedo revocó la sentencia de instancia, lo que originó el posterior recurso de casación.

Así, el Alto Tribunal, en el Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia que se comenta admite que la entrega que culmina el proceso transmisivo puede verificarse no sólo mediante tradición real sino bajo cualquier forma de entrega con idéntico significado, al amparo de la progresiva espiritualización de las formas de *traditio*. De hecho, mantiene el TS, que las formas de entrega no deben quedar constreñidas a las que se recogen en los arts. 1462 a 1464 CC sino que hay que atender a aquellos actos que de manera contundente e inequívoca revelen la intención de ambas partes de transmitir y adquirir el dominio:

Si bien es cierto que, de acuerdo con la llamada «teoría del título y el modo», imperante en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 609 y 1095 del Código Civil), para la adquisición dominical por contrato (compraventa, en el caso concreto que nos ocupa) no basta la mera existencia o perfección del negocio jurídico contractual (título), que sólo genera obligaciones para los contratantes, sino que el mismo ha de ser inexcusablemente acompañado o seguido de la tradición o entrega de la cosa (modo), no lo es menos que este segundo requisito, constitutivo o consumidor de la transmisión dominical, se entiende cumplido no sólo cuando se produce una entrega física o material de la cosa (tradición real), sino también a virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición, cuando medien cualesquiera otros actos jurídicos que de manera patente entrañen la misma significación de entrega, cuyos actos, integradores de la llamada «traditio ficta», no son sólo los que aparecen relacionados en los artículos 1462-2.º a 1464 del Código Civil, al no estar esas formas espiritualizadas de tradición o entrega regidas por el principio del «numerus clausus», sino todos aquellos, de variada índole o naturaleza, que de manera contundente e inequívoca revelen que el «tradens» (vendedor, en este caso concreto) ha puesto real y actualmente la cosa a la plena, absoluta y única disposición del «accipiens» (comprador, en este caso), con evidente intención por ambas partes de hacerlo así («animus transferendi et accipiendi dominii»), cual ocurrió en el caso

que nos ocupa en el que las partes contratantes, después de concertar en el documento privado de fecha 11 de diciembre de 1981 la compraventa de los cuatro pisos a que el mismo se refiere, con las estipulaciones (cláusulas primera a tercera) propias de un contrato de esa naturaleza (referentes a la cosa vendida y al precio), agregaron la cláusula cuarta, que ha quedado literalmente transcrita en el Fundamento anterior, por la que, como en ella se dice, el vendedor don Gumersindo Francisco R. autoriza al comprador don José H. S. para que éste pueda vender los referidos cuatro pisos, con sus correspondientes plazas de garaje, a la persona, personas o entidades que libremente designe, obligándose, en ese supuesto, el señor Francisco R. a otorgar las escrituras públicas de compraventa a nombre de la persona, personas o entidad que el señor H. S. le designe, cuya cláusula revela inequívocamente, pues no puede ser otro su significado jurídico, al ser la misma absolutamente innecesaria para la mera perfección del contrato de compraventa, que, desde la expresada fecha, los pisos vendidos habían pasado a la exclusiva posesión jurídica del señor H. S., a cuyo absoluto y único poder dispositivo quedaron sometidos, y del que éste usó para vincular al vendedor.

No obstante, la doctrina científica se ha mostrado crítica con el resultado alcanzado por el TS en esta resolución. En primer lugar, MANZANARES SECADES⁶⁴⁷ afirma que con una interpretación tan amplia por parte del Alto Tribunal de lo que puede ser la *traditio* se aleja en esta resolución de la línea que había venido manteniendo en cuanto a la transmisión de la propiedad mediante documento privado. Este autor concluye que el TS «ha ido demasiado lejos en su interpretación de lo que puede entenderse por *traditio*», sin que pueda asimilarse a la tradición el acuerdo o voluntad de los contratantes.

En segundo término, LÓPEZ FRÍAS⁶⁴⁸ tampoco está de acuerdo en que la concesión de poder para enajenar signifique que los futuros inmuebles pasan a la «posesión jurídica» del adquirente. No obstante, sí reconoce que del otorgamiento del mismo puede inferirse una intención por parte del constructor de desprenderse absolutamente de la cosa o, al menos, una garantía reforzada para el adquirente a la hora de atribuirle derechos sobre la futura edificación. Ahora bien, con todo lo anterior, su conclusión es que en modo alguno puede llegar a equipararse el otorgamiento del poder a la tradición como consecuencia de que por su propia existencia no se deduce que el

⁶⁴⁷ MANZANARES SECADES, Alberto: “Tercería de dominio; tradición espiritual; título y modo; anotación preventiva de embargo y actos de enajenación anterior. Comentario a la STS de 20 de octubre de 1989”, en *CCJC*, 1989, págs. 990 y 991. En la misma línea PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 157 y 158, quien sostiene que es difícil compartir los resultados del TS en la citada sentencia. Para esta autora, resulta dudoso que la autorización para vender pueda considerarse como un signo de que se ha producido la tradición porque, por un lado, quien es dueño no necesita de autorización para enajenar y, por otro, se está concediendo eficacia transmisiva a un documento privado, carente de eficacia *erga omnes* por la mera existencia de una estipulación que, probablemente, en otra ocasión, se hubiera entendido como un simple mandato para vender o, mejor aún, como un contrato por persona a designar.

⁶⁴⁸ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 57.

cedente del solar adquiriera posesión alguna sobre los departamentos futuros, sin que, además, pueda considerarse un supuesto de tradición instrumental o cualquier otro que analógicamente se considere como *traditio* ficticia o simbólica.

La línea mantenida por el TS respecto a la estimación de la tercería de dominio siempre y cuando cronológicamente pueda determinarse que el inmueble adquirido por contrato privado ha sido entregado al tercerista por medio de cualquier forma de tradición admitida en el ordenamiento jurídico, se mantuvo con posterioridad como se aprecia en la STS (Sala 1ª) de 14 de marzo de 2003⁶⁴⁹. En este caso, el Alto Tribunal considera que un cooperativista, al que la Cooperativa de Viviendas le había adjudicado el inmueble mediante contrato privado, ha consumado su adquisición con carácter previo al embargo trabado por una entidad bancaria, al haber acreditado estar al corriente de pagos con la citada Cooperativa y tener cancelado el préstamo hipotecario que gravaba la finca adjudicada, además de contar con el alta efectuada en la contribución urbana, con abono del primer recibo. El TS refrenda que con la concurrencia de tales actos por parte del adquirente, la vivienda había quedado integrada dentro de su titularidad dominical, completándose definitivamente la adjudicación.

VI. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS CONTRATOS VERBALES DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

Nada impide que el contrato de aportación de solar por obra futura se realice de forma verbal, como fiel reflejo en el tráfico jurídico-económico del principio de libertad de contratación consagrado en Derecho español (art. 1278 CC) y cuyo origen se encuentra en el Ordenamiento de Alcalá de 1348⁶⁵⁰, raíz de la cada vez más marcada

⁶⁴⁹ RJ 2003, 2747. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.

⁶⁵⁰ Así lo explicita el propio TS (Sala 1ª), entre otras, en su sentencia de 5 de enero de 2011 (RJ 2012, 305. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos): *Para la validez de los negocios jurídicos nuestro ordenamiento exige formalidades en función de su relevancia y valor económico, ya que, como regla, rige el principio espiritualista que inspiró las Decretales "pacta, quantumcumque nuda, servanda sunt" y hoy consagra el artículo 1278 del Código Civil "los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su*

tendencia a la espiritualización de los contratos⁶⁵¹. Pese a ello, será infrecuente en la práctica encontrarse con supuestos de contratos verbales en esta materia por la propia enjundia y complejidad de la misma así como por entroncar de forma directa con la necesidad de las partes de gozar de la mayor seguridad jurídica posible en sus transacciones inmobiliarias, amparándose en la confianza que transmite el Registro de la Propiedad como espejo de toda la vida jurídica de la finca de que se trate. Este marco de pulcritud será el exigido también por terceros al contrato de aportación de solar, como las entidades financieras, al convertirse en buena parte de los casos en los verdaderos impulsores del proceso de edificación. Es sabido que éstas exigen para conceder un préstamo de singular envergadura económica una determinada forma —la escritura pública en la que se transfiere la propiedad del solar al constructor— y una concreta garantía frente a terceros —la constancia de su garantía real en el primer rango hipotecario—, como condición para dar el visto bueno a la financiación del proyecto. De hecho, en el caso de que las partes hayan pactado las habituales condiciones resolutorias como garantía, la entidad financiera de que se trate exigirá la posposición de las mismas para conceder financiación al promotor-cesionario.

Sin embargo, debe dejarse constancia de la validez y efectos obligacionales de la contratación verbal, sin perjuicio de los problemas de prueba que pueda generar y de la nula eficacia frente a terceros. De hecho, nada obsta a que la transmisión de la propiedad tanto del solar como de los concretos departamentos que configuren la contraprestación a favor del cesionario opere con total normalidad en un hipotético supuesto de contratación verbal; ahora bien, la conclusión es meridiana en el sentido de que única y exclusivamente la adquisición del dominio es posible mediante tradición real o material del solar en primer lugar y de las piezas de obra futura una vez que su construcción haya finalizado.

validez", afirmando la sentencia 133/2004, de 19 de febrero (RJ, 821), reproduciendo la 182/1999, de 27 de febrero (RJ 1999, 1894), que "el artículo 1278 de manera terminante y sin admitir excepción alguna, consagra en nuestro ámbito jurídico una vez más el principio espiritualista del Ordenamiento de Alcalá", y la 441/2007, de 24 de abril (RJ 2007, 2418), que en nuestro sistema rige el principio de libertad de forma, "de acuerdo con el criterio espiritualista con el que el Ordenamiento de Alcalá reaccionó ante el formalismo de las Partidas («mandamos que todavía vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar»: libro X, título I, Ley I, de la Novísima Recopilación)".

⁶⁵¹ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 164 y SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 298.

Ciertamente resulta harto difícil imaginar en la *praxis* supuestos de acuerdos verbales como consecuencia de la precariedad y debilitamiento que automáticamente sufriría la posición de ambos contratantes, a pesar de que exista entre ellos una previa relación comercial y la confianza sea elevada.

En efecto, aun en el hipotético caso de que el constructor-cesionario cuente con unas arcas saneadas y con aliento económico suficiente para autofinanciarse⁶⁵² durante el proceso constructivo puede encontrarse con situaciones indeseables como consecuencia de no ser propietario del solar: embargos de acreedores del cedente que pueden extenderse a la propia edificación, dificultades probatorias respecto al título por el que posee la parcela⁶⁵³, conciencia social de que como constructor está ejecutando la edificación al amparo del marco contractual de un arrendamiento de obra, aplicando la accesión inmobiliaria al terreno del titular registral, a lo que debe adicionarse el obstáculo desde el punto de vista probatorio del «precio» pactado por las partes a dicho arrendamiento, dificultades en la propia gestión de la edificación frente a la Administración Pública, etc.

Asimismo, con un contrato verbal el cedente queda desprotegido igualmente desde todos los puntos de vista. En primer lugar, la transmisión del solar al cesionario mediante la puesta a disposición material del mismo le obliga, al igual que en el resto de supuestos, a esperar y confiar que el desarrollo del contrato se verifique sin incidencia alguna habiendo cumplido *ab initio* íntegramente su contraprestación. Además, queda vetada la concreción de toda garantía que le proteja de los hipotéticos incumplimientos del cesionario. No sólo no puede ampararse en una condición resolutoria expresa o en cualquier otra garantía real expresada en una escritura pública que acceda a la

⁶⁵² Puede darse también el supuesto de autofinanciación parcial pero sin necesidad de recurrir al préstamo bancario sino mediante las entregas a cuenta efectuadas por los futuros adquirentes y que legalmente han de ser destinadas a la propia construcción, de conformidad con lo establecido en el art. 1.2ª de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas: *Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas*. La Ley 57/1968, de 27 de Julio, quedará derogada a partir del 1 de enero de 2016, de conformidad con la Disposición derogatoria tercera de la LOE añadida por la Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

⁶⁵³ Recuérdese que la jurisprudencia se inclina por considerar al constructor como un mero «servidor de la posesión», detentando la finca no en beneficio y provecho propio sino sirviendo como instrumento al verdadero poseedor en concepto de dueño con el que le une el negocio jurídico de arrendamiento de obra.

protección tabular, sino ni siquiera garantías personales que atemperen los referidos incumplimientos contractuales.

Con todo, la jurisprudencia contiene supuestos en los que se ha producido la contratación verbal en el específico ámbito contractual al que atiende esta investigación, evidenciándose en uno y otro sentido las conclusiones antes expresadas tanto de validez y eficacia de los acuerdos como de dificultades probatorias.

Así, la STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 2008⁶⁵⁴ resuelve el conflicto planteado entre la mercantil Construcciones Lampón, S.L. y Dª. Carmen, iniciado mediante demanda de la empresa constructora frente a la segunda, cuyos pedimentos se concretaban en que se declarase que el día 4 de marzo de 1999 se suscribió entre las partes un contrato verbal de permuta por el que la demandada entregaba un solar a la actora y ésta, a su vez, entregaría a Dª. Carmen determinadas unidades de obra y una cantidad en dinero metálico. Además, en su demanda, Construcciones Lampón, S.L. solicitó que se la reconociera como dueña de la reseñada finca, exigiéndose el otorgamiento de la escritura pública de permuta en ejecución de sentencia.

En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda, imponiéndose las costas a la parte actora y en segunda instancia se estimó parcialmente la misma únicamente en el sentido de no condenar a las costas de la instancia a la entidad demandante. Formulado recurso de casación por Construcciones Lampón, S.L., el Alto Tribunal resuelve la controversia orientada a la plasmación de la problemática que envuelve a la contratación verbal, en este caso en cuanto a la prueba del precio convenido, según se desprende de lo consignado en el Fundamento Jurídico Segundo de la misma:

[...] Lo que ocurre simplemente es que ante la falta de prueba del requisito esencial del precio que se pactó, no ha nacido jurídicamente el contrato de permuta o venta cuyo cumplimiento se exige en la demanda, lo que conduce a su desestimación.

⁶⁵⁴ RJ 2008, 1904. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros.

A su vez, la STS (Sala 1ª) de 30 de mayo de 2006⁶⁵⁵, incide en las mismas carencias apuntadas anteriormente. En esta ocasión, el recurso de casación es planteado por la sociedad Obras y Cimentaciones Betanzos, S.L., quien había visto desestimada su demanda en ambas instancias. Su pretensión consistía en que se declarase la existencia de un contrato de permuta de cosa futura celebrado verbalmente en 1992 entre la referida mercantil y D. Alfonso y Dª. Carolina, con solicitud de condena a los codemandados a estar y pasar por dicha declaración, así como a su elevación a público, a lo que debería sumarse, en todo caso, la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios causados y que se causasen en el futuro. Por su parte, D. Alfonso negó desde el primer momento la perfección del antedicho contrato, acogándose al argumento de que exclusivamente se dieron unos meros tratos preliminares; por su parte, Dª. Carolina, esposa del codemandado, negó su legitimación pasiva señalando que la permuta tenía por objeto un solar (y unos futuros locales) siendo éste un bien privativo de su marido, admitiéndose la meritada excepción en instancia sin reproducción ulterior en casación. Los Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero de la sentencia del Alto Tribunal son elocuentes al respecto, dejando sentado que la prueba como tal de la celebración de un contrato es una cuestión de hecho que no puede ser motivo de recurso de casación pero, en cualquier caso, zanjando toda duda respecto a la validez de un contrato celebrado verbalmente:

SEGUNDO: Frente a la desestimación de la demanda por las sentencias de instancia se alza el presente recurso de casación que interpone la sociedad demandante. Como se desprende de lo dicho, toda la cuestión, fáctica y jurídica, se reduce a algo tan concreto como es la prueba de la perfección de un contrato verbal de permuta de cosa futura, que en la instancia se ha declarado no probado. La prueba de tal celebración de contrato es cuestión de hecho, que no es susceptible de casación.

[...]

TERCERO. No es así y el motivo se desestima. La sentencia es clarísima: parte de los hechos probados y de la validez de todo contrato verbal y llega a la conclusión, con toda precisión, de que no se ha probado su existencia; lo cual es perfectamente congruente, ya que, como dice la sentencia de 3 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1458), «siendo la congruencia la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (sentencias de esta Sala, entre otras, de 2 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1359], 11 de abril de 2000 [RJ 2000, 2434], 10 de abril de 2002 [RJ 2002, 3378], 8 de noviembre de 2002 [2002, 10015]) sin alcanzar a los razonamientos (11 de marzo de 2003 [2003, 2571]) y siéndolo, en principio, la sentencia desestimatoria (1 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7532] y

⁶⁵⁵ RJ 2006, 3173. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

19 de junio de 2003 [RJ 2003, 5650)»; en el presente caso se ha analizado y desestimado la pretensión contenida en la demanda.

Por último, resulta igualmente digna de mención la STS (Sala 1ª) de 10 de junio de 2005⁶⁵⁶. En este caso la controversia comienza por la demanda interpuesta por D. Esteban y D. Carlos Manuel frente a Dª. Carmen, postulando la resolución de un contrato verbal de permuta de un solar propiedad de esta última sito en Alberite (La Rioja) a cambio de obra y una suma de dinero más la indemnización correspondiente al daño emergente y lucro cesante sufrido por los actores al considerar incumplido el acuerdo alcanzado. Por su parte, la demandada negó que existiera contrato verbal de permuta en el sentido expuesto de adverso sino un encargo a D. Carlos Manuel para la venta del solar a terceros y, posteriormente, unas conversaciones para la transmisión del solar a unas personas presentadas por aquél, que resultó ser él mismo y D. Esteban. En primera instancia se estima la demanda en el sentido de declarar resuelto el contrato y de conceder a la parte actora la cantidad reclamada por daño emergente pero sin atender a la pretensión efectuada respecto al lucro cesante. En segunda instancia, la AP de La Rioja estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por ambas partes, reduciendo el importe del daño emergente y remitiendo a ejecución de sentencia la fijación de la cuantía relativa al lucro cesante. Las dos partes interponen recurso de casación, insistiendo Dª. Carmen en el hecho de que, frente a la apreciación de la sentencia que se impugna de que había prestado su consentimiento al contrato verbal de permuta de forma tácita, para que ello hubiera sido su conducta debería haber estado revestida de actos concluyentes e inequívocos, sin que se pueda confundir conocimiento con consentimiento. En esta línea, Dª. Carmen manifiesta que no puede argumentarse en su contra ningún acto propio del que se deduzca su consentimiento, sin que del silencio o falta de reacción pueda inferirse su aceptación. Sin embargo, el Fundamento Jurídico Cuarto (último párrafo) advierte la existencia de una aquiescencia implícita por parte de Dª. Carmen:

Y, finalmente, aunque es cierto que generalmente el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia (pese a la máxima «tacite consensu convenire intelligitur», Paulo, Libro II, Tit. XIV, 2 Digesto; S. 13 febrero 1978), sin embargo el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, que no se esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia

⁶⁵⁶ RJ 2005, 4364. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Sánchez.

del mismo (SS. 4 marzo 1972, 13 febrero 1978), y se deba hablar (conforme al principio general del Derecho «tacens consentit, si contradicendo impedire poterat»: S. 13 febrero 1978; «qui siluit cum loqui et debuit et potuit, consentire videtur»: SS. 24 noviembre 1943, 24 enero 1957, 14 junio 1963), existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan (SS. 14 junio 1963, 13 febrero 1978, 18 octubre 1982, 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8734]), o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, es que se exprese el disentimiento, si no se deseaba aprobar las propuesta de la contraparte (SS. 23 noviembre 1943, 13 febrero 1978, 18 octubre 1982, 18 marzo y 22 noviembre 1994, 30 junio y 17 noviembre 1995, 29 febrero 2000 [RJ 2000, 812], 9 de junio de 2004 [RJ 2004, 4743]). Y en el caso, habida cuenta las relaciones negociales existentes entre las partes y las circunstancias concurrentes expuestas con amplitud en la sentencia de instancia, que devienen incólumes y vinculantes para este Tribunal, «ad omnen eventum», siempre resultaría correcta la aplicación de la doctrina de que «otorga quien calla pudiendo y debiendo hablar», aunque, como ya se dijo para el caso, el juzgador de instancia también toma en cuenta la existencia de una intervención positiva –actos de la Sra. Carmen–, con el significado de hechos concluyentes de aquiescencia implícita del negocio contractual.

VII. REFLEXIÓN SOBRE LA VIABILIDAD DE APLICAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL LA TRANSMISIÓN CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD A LOS BIENES INMUEBLES

El momento en el que opera la *traditio* o entrega de la cosa futura es el núcleo sobre el que giran las diferentes teorías doctrinales existentes respecto a la naturaleza jurídica del derecho del cedente sobre la futura edificación, conforme se ha expuesto en los capítulos anteriores. Asimismo, con anterioridad se ha puesto de relieve el progresivo proceso de espiritualización que ha experimentado el requisito de la *traditio*, argumento que acogen los seguidores de la eficacia jurídico-real de la escritura pública para entender que al tiempo de otorgarse el instrumento público opera la tradición instrumental estatuida en el art. 1462.2 CC entendiéndose transmitidos automáticamente en ese momento los elementos futuros pactados al cedente del solar.

Habiendo dejado constancia *supra* de la viabilidad de mantener este criterio, con los pros y contras que ello conlleva, procede a continuación profundizar en la cuestión que fue apuntada en el capítulo dedicado al examen de los diferentes sistemas transmisivos respecto a explorar hasta qué punto puede llegar la espiritualización de la tradición. Para ello hay que remitirse imperiosamente al art. 1463 CC, precepto que admite la transmisión consensual de la propiedad pero exclusivamente con respecto a

bienes muebles *por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo.*

Pero la pregunta que realmente se suscita es si la transmisión consensual que opera respecto a bienes muebles podría extenderse a bienes inmuebles.

Se trata de una cuestión abordada por un sector de la doctrina científica. En primer lugar GARCÍA CANTERO⁶⁵⁷, inicialmente, considera viable esta opción «siempre que se respeten los condicionamientos y el carácter que la ley ha establecido para los muebles. La práctica ofrece numerosos ejemplos de *traditio brevi manu* y *constituto posesorio* aplicados a inmuebles», refiriéndose a los casos en que el arrendatario adquiere la vivienda o los supuestos en que el propietario pasa a la posesión de la misma por cualquier otro título que no sea el de dominio ya transmitido. No obstante lo anterior, el referido autor termina afirmando que no parece posible generalizar la tradición consensual debido al carácter subordinado y secundario del art. 1463 CC respecto al art. 1462 del mismo texto legal y, especialmente, con la mirada puesta en el sistema del título y el modo instaurado en el art. 609 CC.

También BERCOVITZ ÁLVAREZ⁶⁵⁸ pone en entredicho la aplicación analógica de la transmisión consensual contenida en el art. 1463 CC a los bienes inmuebles aduciendo que sería más factible una interpretación *a contrario*, por la que no puede sostenerse la transmisión de inmuebles por el simple acuerdo, sin previa formalización, al menos, en documento privado. Para este jurista la transmisión de los bienes muebles y de los bienes inmuebles va por caminos separados como se desprende del estudio del Derecho comparado —en concreto en los sistemas de transmisión abstracta de la propiedad como Alemania y Suiza—, de los precedentes históricos y de los arts. 464 CC y 34 LH que regulan las repercusiones de la apariencia posesoria. Por consiguiente, la finalidad de dotar de mayor estabilidad y seguridad a las adquisiciones de los

⁶⁵⁷ GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Comentarios...*, ob. cit., págs. 192 a 194.

⁶⁵⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: ob. cit., págs. 71 a 75.

inmuebles requiere acudir a su constancia documental, preferiblemente la escritura pública, para garantizar la posición de los terceros ajenos al contrato.

La misma reflexión acerca de la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 1463 CC a los bienes inmuebles la efectúa NAVARRO CASTRO⁶⁵⁹. Este autor apunta al hecho evidente de que una interpretación literal del precepto excluye expresamente su extensión a los bienes inmuebles. No obstante, considera que debe atenderse por separado a los supuestos que regula el art. 1463 CC: entrega de llaves, acuerdo de los contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador o si este último ya la tuviera en su poder por cualquier otro motivo. Sin embargo, sólo el último caso, el de la *traditio brevi manu*, lo considera extensible analógicamente a la transmisión consensual de bienes inmuebles, añadiendo el *constitutum possessorio* pues, aunque no contemplado expresamente por el precepto comentado, considera admisibles «todas las formas de entrega que, según las concepciones sociales, supongan el reconocimiento en el adquirente de un poder de hecho sobre la cosa» así como «todos aquellos acuerdos (en sus distintas modalidades) que respondan a los mismos principios y finalidades que han llevado al legislador a admitir los recogidos expresamente en el artículo 1.463».

Abiertamente a favor de su aplicación a los inmuebles se muestra SERRANO CHAMORRO⁶⁶⁰, abordando en su justificación el específico marco del contrato objeto de este estudio. Su fundamento estriba en el hecho de que físicamente la cosa futura a entregar por el cesionario todavía no existe pero sí se puede materializar sobre el solar, de tal forma que, si la construcción no se ejecutara, podría obtenerse la equivalencia del valor de los departamentos futuros acordados sobre una cuota del solar. El parangón lo hace esta autora con los supuestos en los que un edificio perece, extinguiéndose la propiedad horizontal, y todos los condueños devienen dueños del solar a prorrata.

⁶⁵⁹ NAVARRO CASTRO, Miguel: *La tradición...*, ob. cit., págs. 94 a 96 y 100 a 108.

⁶⁶⁰ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 501.

La jurisprudencia del TS tiene ejemplos elocuentes en este sentido. En primer lugar se apunta la STS (Sala 1ª) de 27 de abril de 1984⁶⁶¹ resolviendo la controversia existente entre una nuda propietaria y los usufructuarios de una finca en virtud de testamento acerca de la validez o no de un documento privado para transmitir la propiedad, documento por el que, de común acuerdo, y con la intervención del testador, se alteró la situación jurídica sobre un inmueble acordando su división por mitad y atribución en pleno dominio entre la nuda propietaria, por un lado, y los usufructuarios, por otro.

Años después, la inicial nuda propietaria vende la totalidad de la finca en escritura pública, recogiendo en el instrumento público que la única carga que afecta a la finca es el usufructo existente con anterioridad. A su vez, en el mismo mes y año, y mediante documento privado, los firmantes de la escritura pública manifiestan que, efectivamente, años antes se había suscrito un documento por el que se establecía una situación de copropiedad de la mitad indivisa de la finca enajenada pero reseñando la primitiva nuda propietaria que no reconoce validez jurídica alguna al mencionado documento, entre otras causas por error en el consentimiento. Con esta situación, los anteriores usufructuarios formularon demanda de mayor cuantía contra la vendedora y los compradores del inmueble con objeto de que se reconociera su propiedad sobre la mitad indivisa del inmueble en virtud del aludido documento privado. Llegada la controversia al Alto Tribunal, éste resuelve a favor del reconocimiento de la propiedad en los usufructuarios como consecuencia de los consentimientos vertidos en el referido documento privado sin necesidad de ningún otro acto ulterior que implicara *traditio*. Es muy elocuente el Fundamento Jurídico Sexto de la resolución:

Que las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida según las que, con la suscripción del documento privado de veintiséis de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho operó a favor de D. Severino y hermanos la tradición, en propiedad plena, de la mitad indivisa de la finca "T.", habida cuenta de lo expresamente consignado en dicho documento, ha de estimarse ajustada a derecho dada la peculiaridad de la convención por la que el dominio se origina, convención que ciertamente no constituye un contrato de compraventa al que sea aplicable la preceptiva contenida en el párrafo segundo del artículo mil cuatrocientos sesenta y dos del Código Civil, al significar, por el contrario, una transformación de los derechos que ambas partes contratantes ostentaban sobre una misma cosa —nuda propiedad de Dª Ramona y usufructo de D. Severino y hermanos— transformación o cambio de situación jurídica que a partir de la preexistencia del mencionado usufructo con

⁶⁶¹ RJ 1984, 1973. Ponente: Excmo. Sr.: Antonio Sánchez Jaúregui.

la implícita consecuencia de la posesión que ello significa, hacía innecesario otro cualquier acto de tradición, bastando el efecto de la adquisición de la plena propiedad de la mitad indivisa de la finca tanto en lo que afectaba a D^a Ramona como a D. Severino y hermanos, la declaración de los contratantes de que, desde el momento del otorgamiento del documento privado, una y otros quedaban respectivamente dueños, en propiedad plena, de una mitad indivisa de la finca.

La STS (Sala 1^a) de 6 de mayo de 1994⁶⁶² admite la aplicación analógica del art. 1463 CC para los bienes inmuebles. En esta resolución el Alto Tribunal consagra que el título lo constituirán los contratos traslativos de dominio tales como un contrato privado de compraventa, completado por la *traditio* u ocupación material del inmueble, sin perder la perspectiva de que la entrega está presidida por una progresiva espiritualización, considerándose que si el adquirente tenía ya en su poder el inmueble por cualquier motivo, debe entenderse que han concurrido título y modo, pudiendo defenderse que opera por analogía el art. 1463 CC respecto a bienes inmuebles.

En la STS (Sala 1^a) de 18 de julio de 1997⁶⁶³ se deja patente que las formas de *traditio* no obedecen a un sistema *numerus clausus*, amén de que la espiritualización de la tradición obedece a poderosas razones socioeconómicas que han motivado un evidente acercamiento de la teoría del título y el modo a los sistemas consensualistas.

Otra resolución que merece ser destacada es la STS (Sala 1^a) de 3 de diciembre de 1999⁶⁶⁴, la cual, discierne entre la *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorio* atribuyendo eficacia transmisiva a un documento privado de compraventa con reserva de usufructo, considerando que había operado la transferencia de la posesión mediata del bien y sin precisarse un posterior acto que sirviera de ratificación de la transmisión. El Alto Tribunal asevera que toda ulterior venta efectuada por el primer vendedor ya es considerada venta de cosa ajena.

Sintéticamente los hechos sobre los que falla el TS son los siguientes: D^a. Aida vendió en documento privado de fecha 14 de septiembre de 1985 a D. Modesto, el piso

⁶⁶² RJ 1994, 3717.

⁶⁶³ RJ 1997, 5516.

⁶⁶⁴ RJ 1999, 8974.

8º posterior del portal 11, casa 11 y 13 de la calle G, de Pontevedra, reservándose la vendedora el usufructo de la finca. Posteriormente, el día 13 de enero de 1989, D^a. Aida otorgó testamento instituyendo heredero universal de sus bienes a D. Modesto. El 12 de marzo de 1990, D^a. Aida vuelve a vender el inmueble por contrato privado a D. Manuel y a su esposa D^a. M^a Elena, reservándose asimismo el usufructo.

Una vez fallecida D^a. Aida, D. Manuel y su esposa venden en escritura pública otorgada en febrero de 1991 a los demandantes, D. Manuel y D^a. Paz, quienes toman posesión del inmueble y realizan obras en el mismo. Sin embargo, se encuentran con el obstáculo de no poder inscribir las fincas directamente y para ello promueven un expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo. Sustanciado el mismo, al intentar acceder al Registro de la Propiedad, les es denegada la inscripción porque D. Modesto había inscrito sus derechos sobre la finca como heredero de D^a. Aida con anterioridad. A resultas de todo ello, D. Manuel y D^a. Paz procedieron a demandar a sus vendedores y a D. Modesto, pretendiendo la declaración de validez y eficacia del contrato privado suscrito por D. Manuel y D^a. M^a Elena, del contrato de compraventa plasmado en la escritura pública suscrita con los actores, que la vivienda nunca formó parte del caudal relicto de D^a. Aída y su declaración como propietarios del inmueble y la nulidad de la inscripción registral a favor de D. Modesto. El Fundamento Jurídico Segundo de la resolución comentada llega a las conclusiones expuestas con anterioridad, consignando que la mejor doctrina considera que no existen obstáculos para extender la aplicación del art. 1463 CC a los bienes inmuebles:

La tesis que aquí se sostiene es justamente la contraria; frente a lo que sostiene la sentencia apelada, entendemos que la consumación se había operado ya respecto del primer comprador, D. Modesto, porque la tradición, en puridad, se había ya producido, toda vez que en este caso operaba al margen de todo traslado de la posesión material de la cosa, como luego se razonará, de suerte que con el primer comprador no sólo se había perfeccionado la venta, sino que estaba ya consumada en su proceso adquisitivo, que, por virtud de la especialidad de venta con reserva de usufructo objeto del contrato, no había de quedar diferida la definitiva adquisición a un momento posterior; en el momento de la venta, se había producido la adquisición, por el comprador de la posesión mediata, única admisible en ese momento. Las ventas posteriores son ya venta de cosa ajena y los actos posesorios posteriores de los siguientes compradores valen sólo en cuanto tales, sin trascendencia dominical alguna. D^a Aida, mera usufructuaria ya al momento de realizar la segunda venta, carecía de facultades para vender; vende inexcusablemente nuda propiedad ajena..." F.J. 4º: "La venta con reserva de usufructo en favor del vendedor es una hipótesis típica de "constitutum possessorium". Es la situación inversa a la "traditio brevi manu". El transmitente continua en la posesión de la cosa pero en concepto distinto; se opera un cambio en la "causa possessionis" y el vendedor pasa de poseer "pro suo" a poseer "por

alieno". El supuesto se contempla en el art. 1463 del C.c. y aunque allí se refiere a los bienes muebles, la mejor doctrina entiende que ningún obstáculo hay para extender su aplicación a los bienes inmuebles (se admite en el caso que resolvía la STS 12-4-1957; también en la de 17-12-1984, que trataba de venta de inmueble con reserva de usufructo). Tampoco debe haber obstáculo para admitirlo respecto de una venta realizada en documento privado.

De hecho, como queda constancia en la STS (Sala 1ª) de 13 de mayo de 2013⁶⁶⁵, resolviendo un supuesto de doble venta, la concurrencia del título en documento privado, unido a la posesión efectiva del inmueble como modo traditivo, determina que en el momento en el que el vendedor enajenó de nuevo a un tercero mediante escritura pública, y aun haciendo constar que el otorgamiento de la misma equivalía a tradición, no podía en modo alguno constituir *traditio ficta* porque la tradición real ya se había producido.

En definitiva, la posibilidad de extender la transmisión consensual del art. 1463 CC a los bienes inmuebles, con la excepcionalidad predicada por el propio precepto — *fuera de los casos que expresa el artículo precedente*, es decir, cuando no pueda darse tradición real o tradición instrumental— no deja de ser una propuesta de *lege ferenda* y hasta el momento ha sido acogida por los Tribunales de Justicia en supuestos de *traditio brevi manu* o *constitutum possessorio* en los que la cosa existe físicamente. Quedaría, por ende, para que pudiera ser extensible a los bienes futuros zanjar la cuestión previa de aceptar cierta «cosificación» de los mismos.

⁶⁶⁵ RJ 2013, 3699.

CAPÍTULO XIII

LA REFORMA DEL ART. 13 RH OPERADA POR EL RD 1867/1998

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL ART. 13 RH. EXAMEN DE LA REDACCIÓN OTORGADA POR EL RD 1867/1998.- II.1. Planteamiento.- II.2. Reconocimiento de la permuta con efectos jurídico-reales. Párrafo primero del art. 13 RH.- II.2.1. «Cesión de suelo por obra futura». Contrato típico o contrato atípico. Examen jurisprudencial.- II.2.2. «Transmisión actual» de los pisos o locales del edificio a construir.- II.2.2.1. Corrientes doctrinales sobre la transmisión de objetos futuros en relación con la nueva redacción del art. 13 RH.- II.2.2.1.1. Admisión de la permuta de suelo por obra futura con efectos jurídico-reales.- II.2.2.1.2. Permuta con efectos jurídico-obligacionales.- II.2.2.1.3. Dos diferentes interpretaciones sobre la nueva redacción del art. 13 RH.- II.2.2.1.3.1. Tesis de ESPEJO LERDO DE TEJADA: la verdadera voluntad de las partes en relación con el sistema causalista de transmisión de la propiedad.- II.2.2.1.3.1.1. Críticas a la tesis de ESPEJO LERDO DE TEJADA.- II.2.2.1.3.2. Tesis de RUDA GONZÁLEZ. El art. 13 RH como norma de conversión. Adquisición por accesión.- II.2.3. Descripción de los pisos o locales de conformidad con la LPH y con fijación de la cuota correspondiente en los elementos comunes.- II.2.4. Constancia registral de la «especial comunidad» constituida por cedente y cesionario.- II.2.4.1. Comunidad sobre el solar.- II.2.4.1.1. Objeciones.- II.2.4.2. Comunidad sobre el edificio futuro.- II.2.4.3. Posturas intermedias.- II.2.5. Importancia del plazo de diez años para construir reflejado en el precepto.- II.3. Obra nueva, división horizontal y entrega de la edificación futura. Párrafo segundo del art. 13 RH.- II.3.1. Posibilidad de que el cesionario otorgue unilateralmente las escrituras de obra nueva y división horizontal.- II.3.2. Innecesariedad de formalizar acta notarial de entrega una vez inscrita la escritura de propiedad horizontal.- II.4. Prohibición de disponer. Párrafo tercero del art. 13 RH
- III. REDACCIÓN VIGENTE DEL ART. 13 RH.- III.1. Cesión configurada con otros efectos. Párrafo cuarto del art. 13 RH.- III.2. Garantías inscribibles. Párrafo quinto del art. 13 RH
- IV. REFLEXIONES SOBRE LA REDACCIÓN DEL ART. 13 RH SEGÚN LA REDACCIÓN DEL RD 1867/1998
- V. LA STS (SALA 3ª) DE 31 DE ENERO DE 2001.- V.1. Introducción.- V.2. Argumentos del TS para anular la reforma del art. 13 RH introducida por el RD 1867/1998.- V.3.- Doctrina crítica con la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001

I. INTRODUCCIÓN

El RD 1867/1998, de 4 de septiembre⁶⁶⁶, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario⁶⁶⁷, otorgó al art. 13 RH la siguiente redacción⁶⁶⁸:

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

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

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

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

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

⁶⁶⁶ BOE nº 223, de 29 de septiembre de 1998 y corrección de errores en BOE nº 39, de 15 de febrero de 1999.

⁶⁶⁷ El art. primero del RD 1867/1998, enumeraba todos los arts. que dicho texto reformaba: «Se modifican los artículos 4; 5; 6; 11; 13; 16; 17; 18; 51, reglas 1, 2, 3 y 4; 68; 97, párrafo segundo; 102; 112 ordinal 3 y párrafo último; 113; 114; 115; 116; 118; 119; 120; 121; 122; 123; 124; 127; 128; 129; 131; 144, apartados 1, 4 y 5; 155; 170; 177; 298; 313; 332; 333; 334; 353, apartado 3, párrafos primero, segundo y tercero; 355; 386; 387; 388; 391; 399; 400; 401; 430; 471, ordinal 2; 490, párrafos primero y tercero; 492, párrafo segundo; 493; 496, párrafo segundo; 500; 501; 502; 504; 505; 506; 507; 519; 536; 538; 549; 550; 551; 552; 553; 554; 555; 556; 557; 558; 559; 560; 561; 562; 570; 571; 572; 573; 574; 575; 576; 577; 578; 579; 580; 581; 582; 583; 584; 618; 619; 620; 621; 622; 623; y 624, todos ellos del Reglamento Hipotecario, que quedarán redactados en la forma siguiente:[...]».

⁶⁶⁸ La redacción previa al RD 1867/1998 que presentaba el art. 13 RH era la siguiente: «Sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las Leyes, los subarrendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento serán inscribibles cuando tengan las circunstancias expresadas en el párrafo quinto del artículo 2 de la Ley, y las retrocesiones lo serán en todo caso».

Siendo el foco de este estudio concluir si es posible con el actual ordenamiento jurídico verificar la posibilidad de transmitir las piezas de edificación futura elegidas por el cedente del solar desde el momento en que se suscribe el contrato de permuta de solar por obra futura, o lo que es lo mismo, si es factible la permuta con efectos jurídico-reales, la norma reglamentaria que se examinará seguidamente posee una importancia capital toda vez que el art. 13 RH, según la redacción conferida por el RD 1867/1998, supuso una auténtica novedad en este ámbito contractual. En el presente apartado se hará alusión a las filias y fobias que originó en la doctrina científica debido a su modificación, relativización o directa fulminación —según los distintos pareceres—, del sistema de transmisión de la propiedad vigente en el sistema jurídico español hasta que fue anulado parcialmente por la Sala 3ª del TS, en sentencia de 31 de enero de 2001.

Las razones argumentadas por el Alto Tribunal para anular los tres primeros párrafos del referido precepto, es decir, los que podían calificarse realmente de significativos y transgresores, fueron dos: por un lado, la imposibilidad de que una reforma de este calado pueda efectuarse mediante Reglamento, inmiscuyéndose el mismo en una materia reservada para una ley ordinaria, conculcándose, por ende, el principio de jerarquía normativa; por otro, el TS opone la no adecuación de la norma reglamentaria al sistema del título y el modo pues para que opere la *traditio* la cosa ha de existir físicamente, aspecto que, obviamente, no puede predicarse de la edificación futura al no superarse el estadio de «mero proyecto».

La importancia de llevar a cabo un examen detenido de la reforma introducida por el RD 1867/1998 cobra relevancia a fin de despejar la incógnita de si, con abstracción de la aparición de esta modificación normativa por vía de Reglamento, el texto positivo hubiera podido sobrevivir y aplicarse en el tráfico contractual de haberse aprobado mediante ley ordinaria. En defecto de lo anterior, se busca concluir igualmente si el anticipo del texto anulado puede ser el mimbres o cimiento necesario para una futura regulación que ampare a los primigenios propietarios del suelo durante el período de tiempo que transcurre hasta que se les hace entrega material de la obra futura convenida.

Junto a lo anterior, otro pilar importante de este estudio es el tratamiento registral del contrato de aportación de solar por edificación futura por la sencilla razón de que su acceso al Registro de la Propiedad será la salvaguarda que proteja al cedente de las agresiones de terceros ajenos al contrato. En esta línea, desmenuzar la reforma introducida en el art. 13 RH será de suma importancia en orden a conocer los aspectos registrales del señalado contrato, especialmente, el escenario actual después de la anulación parcial acometida por la Sala 3ª del TS.

Según se expondrá, una de las críticas que se vertió sobre la redacción atribuida al RD 1867/1998 es la excesiva profundización sustantiva a la que llegó tratándose de una mera disposición reglamentaria de contenido registral. Con todo ello, el RD 1867/1998 vino a regular positivamente una serie de figuras contractuales, bien de vetusta normativa, bien que se caracterizaban por su problemática en la *praxis*⁶⁶⁹. De este modo, por primera vez se nomina en un texto legal este contrato⁶⁷⁰, con independencia del mayor o menor acierto del legislador en su formulación, con la loable pretensión y ambición de regular una modalidad contractual de uso frecuente en las relaciones negociales⁶⁷¹.

Salvando lo anterior, esta norma reglamentaria recoge de manera diáfana la herencia de la RDGRN de 16 de mayo de 1996⁶⁷² y del sentir que paralela y

⁶⁶⁹ Así lo expresa la Exposición de Motivos del RD 1867/1998: *Otro de los objetivos citados de la reforma es la regulación de figuras contractuales e instituciones carentes de regulación reglamentaria, o que están necesitadas de nueva regulación por el carácter obsoleto de los preceptos referentes a las mismas o por las dificultades que se advertían en su aplicación práctica.*

Se disciplina así el contrato de permuta de suelo por obra futura (artículo 13), que pese a su importancia económica y frecuente utilización, no había sido regulada hasta ahora por el Reglamento Hipotecario; tal regulación se hace con carácter dispositivo, es decir, admitiendo que los contratantes puedan configurar con otro alcance, incluso puramente obligacional, los derechos y obligaciones derivados del contrato (así resulta del último párrafo del artículo 13).

⁶⁷⁰ La doctrina científica converge en señalar la característica de ser el primer texto legal sobre la materia: ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones...”, ob. cit., págs. 218 y 227 y ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., pág. 75.

⁶⁷¹ FUERTES LÓPEZ, Mercedes: “Sorprendente impugnación de una reforma con claros oscuros (A propósito de las sentencias que anulan gran parte de la reforma del reglamento hipotecario)”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* nº 6/2001, Aranzadi, Pamplona, 2001 (BIB 2001\326), págs. 1 y 2, afirma que la modificación del clásico RH se impulsó ante evidentes necesidades puestas de manifiesto en el tráfico inmobiliario, con alusión a los aspectos de la Exposición de Motivos del RD 1867/1998 señalados anteriormente.

⁶⁷² NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., págs. 57 y 62, no sólo considera a esta RDGRN como precursora del art. 13 RH, según la redacción concedida por el RD 1867/1998, sino que entiende que el legislador se ha inspirado tanto en la misma que confirma que en el referido precepto se ha recogido íntegramente la solución de la propia Resolución, desembocando en una absoluta falta de imaginación por parte del mismo. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: ob. cit., págs. 59 y 62, califica como «criterio alarmante» conferir rango reglamentario al caso concreto contemplado en la RDGRN de 16 de mayo de

progresivamente era acogido por una parte importante de la doctrina científica⁶⁷³. De hecho, ya anticipaba SERRANO CHAMORRO⁶⁷⁴ antes de que viera la luz el RD 1867/1998, que el legislador pronto trasladaría a los textos legales los nuevos negocios jurídicos que de la incipiente y mutante realidad económica estaban naciendo. La importancia del referido RD ha sido tan determinante que incluso en la actualidad, tras la anulación por el TS de los tres primeros párrafos del art. 13 RH, hay autores que siguen poniendo de relieve la trascendencia y envergadura de la reforma, intimando al legislador a la elaboración de un nuevo texto que no naufrague por las mismas causas que el anterior habida cuenta la relevancia práctica que envuelve a estos vínculos contractuales. No en vano, se puede observar cómo la problemática que suscita el contrato que se estudia sigue siendo objeto de un nutrido grupo de recientes SSTS, resolviendo sobre contratos de «permuta de solar por obra futura»⁶⁷⁵.

Así, ARNÁIZ EGUREN considera fundamental hoy en día el estudio del RD 1867/1998 pese a su derogación ya que la reforma operada obedeció a la «tensión jurídica»⁶⁷⁶ que generaba, y que aún genera» este contrato. Su principal virtud —

1996. Véase también LÓPEZ FRÍAS, Ana: “La permuta de solar por pisos en el nuevo artículo 13 del Reglamento Hipotecario”, en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. II, Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, págs. 957 y ss.

⁶⁷³ Así lo patentiza la RDGRN de 13 de julio de 2005 (RJ 2005, 5654) en su Fundamento de Derecho Tercero: *Se ha discutido mucho la naturaleza real u obligacional del derecho del cedente en el contrato de permuta del solar por una parte de la edificación futura. El artículo 13 del Reglamento Hipotecario, según la redacción que le dio el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de acuerdo con la doctrina más autorizada, había optado por configurarlo como real si se constituía como una comunidad especial el derecho consistente en la «transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir» que aparecieran descritos como exige la Ley de Propiedad Horizontal.*

⁶⁷⁴ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: “El apogeo de la permuta...”, ob. cit., pág. 1667. La misma autora en su obra: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 45 y 46, sostiene que dada la acogida que esta figura tiene en la práctica era evidente «la necesidad de su constatación legal. Se efectuó a través de RD 1867/1998, de 4 de septiembre mediante la modificación del RH, pero prácticamente dos años más tarde, la STS de 31 de enero de 2001 anuló esta nueva redacción del artículo 13 del RH, párrafos 1, 2 y 3, admitiendo la cesión de solar por vuelo con carácter real y volviendo a la situación anterior; poco tiempo hemos disfrutado de las ventajas de una clara estipulación, y a pesar de su frecuente utilización, de nuevo nos vemos obligados a seguir el tratamiento de otros años, y a esperar que se consolide legalmente esta figura de todos conocida, sólo regulada en la legislación catalana por Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de Cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, abordando la materia desde un punto de vista jurídico-civil». El futuro acomodamiento de la legislación para acoger este contrato y el acceso al Registro de la Propiedad del mismo se atrevía a vaticinarlo ALONSO CASADO, José: ob. cit., pág. 1831, en función de una mera sospecha: «Sólo nuestra larga vida profesional nos induce a sospechar que el contrato y la constancia registral —art. 13 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes—, representa algo real; un *ius in re* o derecho sobre la cosa, y es por eso por lo que planteamos el tema con la esperanza de resolución que lo fije».

⁶⁷⁵ Esta es la denominación conferida por las SSTS (Sala 1^a) de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6546) y de 19 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 904). Como «cesión de parte de solar (con finca a demoler) a cambio de obra futura a construir» consta en la STS (Sala 1^a) de 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 4943); la STS (Sala 1^a) de 31 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10420) habla de «permuta de terreno por obra futura»; la STS (Sala 1^a) de 13 de julio de 2012 (RJ 2012, 8359) tilda al contrato de «permuta de terreno sobre obra futura»; la STS (Sala 1^a) de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5727) de «permuta de obra futura» y la STS (Sala 1^a) de 8 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2286) de «permuta de cosa futura».

⁶⁷⁶ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., págs. 694 a 697. El mismo autor en su obra: “Urbanismo...”, ob. cit., págs. 101 y 102, utiliza la expresión «tensión jurídica» para referirse a la situación de la permuta de suelo por obra futura provocando «la solicitud de inscripción registral directa de los derechos del cedente, sobre la base de que la facultad de adquirir parte de lo edificado implicaba el nacimiento inmediato de un derecho real con trascendencia frente a tercero». Por su parte, RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 22, reseña que la regulación que introdujo el RD 1867/1998 planteaba interrogantes de «interés indudable».

también su principal crítica— consistía en admitir la inscripción registral directa de la contraprestación correspondiente al cedente del solar, apoyándose en el nacimiento inmediato de un derecho real con eficacia frente a terceros.

El análisis tanto del texto del art. 13 RH según la redacción conferida por el RD 1867/1998 así como de las diferentes opiniones doctrinales vertidas al tratar sus aspectos más controvertidos, ayudarán en gran medida a un pronunciamiento final sobre la problemática que envuelve a la transmisión de la propiedad en esta clase de contratos, con el objetivo claramente definido de observar la posibilidad de defender una permuta con efectos jurídico-reales al abrigo de cualquiera de las opciones que brinda el ordenamiento jurídico, si ello fuera viable. El resultado que se conseguiría con esta configuración es el consabido equilibrio del cedente en relación con la posición de desventaja que sufre respecto al cesionario hasta que éste cumple la doble prestación de construir y entregar la obra futura, obteniendo la protección *erga omnes* desde la firma del contrato de permuta si accede al Registro de la Propiedad y eliminando los riesgos asociados a la concepción tradicional como permuta con efectos jurídico-obligacionales⁶⁷⁷.

II. EL ART. 13 RH. EXAMEN DE LA REDACCIÓN OTORGADA POR EL RD 1867/1998

II.1. Planteamiento

La tarea que a continuación se va a acometer es el examen minucioso del texto del art. 13 RH conforme quedó redactado tras la reforma introducida por el RD 1867/1998. A pesar de que los tres primeros párrafos del mismo fueron anulados posteriormente por la ya citada STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001, la redacción del mismo es un marco perfecto para exponer y desarrollar la mayoría de la problemática

⁶⁷⁷ Por el contrario, ELIZALDE AYMERICH, Pedro de y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ: “Información legislativa”, en *ADC*, 1998, fascículo IV, pág. 1948, señalan que los problemas planteados en la reforma del RH por el RD 1867/1998, no es más que la manifestación de «los equilibrios intentados por doctrina y jurisprudencia para paliar la deficiente regulación de la situación jurídica del adquirente de pisos en construcción». En este caso, el cedente del solar, es un mero acreedor sin privilegio y para reforzar su posición se le convierte de forma anticipada en propietario de los inmuebles futuros.

que afecta al presente trabajo, con incidencia directa en las conclusiones finales del mismo. Así, diseccionando el precepto en cada uno de los cinco párrafos en los que quedó dividido según el RD 1867/1998, se comprenderán mejor sus bondades, sus extremos problemáticos y, sobre todo, servirá de punto de inflexión y ayuda con objeto de abordar el verdadero objeto de este estudio, esto es, verificar si la normativa anulada por el TS pudiera haber pervivido de haberse aprobado respetando el principio de jerarquía normativa; si es cierto que vulnera la teoría del título y el modo y qué aspectos de la misma podrían atemperarse para conseguir proteger al cedente con mayor fuerza y vigor; si para alcanzar la referida finalidad se necesitaría de una nueva regulación o si en el ordenamiento jurídico español se cuenta con otras alternativas eficaces para conseguir idéntico objetivo sin que suponga modificación sustantiva alguna o, en su caso, que conlleve la mínima posible.

Según se anticipó, la ventaja de aceptar la concepción de la transmisión de la propiedad de los objetos futuros desde el momento en el que se suscribe entre ambas partes el contrato de permuta estriba en dotar al cedente de todos los parabienes de los titulares de un derecho real frente a su anterior posición de titular de un mero derecho personal. Además, cabe significar que el art. 13 RH, según la redacción conferida por el RD 1867/1998, dejaba la puerta abierta a que las partes esculpieran su relación contractual *de forma distinta* a la denominada *transmisión actual* o según la clásica postura de considerar que el propietario del suelo únicamente goza de un derecho de crédito frente al cesionario-constructor concediendo a su relación exclusivamente efectos jurídico-obligacionales, primando notoriamente la autonomía de la voluntad.

La lectura del referido precepto transporta inmediatamente a las conclusiones a las que llegó la DGRN en su Resolución de 16 de mayo de 1996, cuyo contenido sirvió de catapulta para que el legislador materializase en una norma reglamentaria sus postulados, dando cobijo a determinadas posiciones doctrinales que ya abogaban por conceder a este contrato efectos jurídico-reales o, al menos, «algo más» que un mero derecho personal como sostiene la teoría del *ius ad rem*.

II.2. Reconocimiento de la permuta con efectos jurídico-reales. Párrafo primero del art. 13 RH

«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».

Se ha subdividido en cuatro puntos los elementos esenciales de este primer párrafo con el objeto de abarcar en su totalidad los aspectos relevantes del mismo, especialmente por la importancia nuclear de su redacción en lo que ha sido y puede ser la figura que se estudia. De ahí que se haya intitulado a dicho párrafo con toda la intención como «reconocimiento de la permuta con efectos jurídico-reales», auténtica bandera de la reforma introducida por el RD 1867/1998 en torno a este contrato, determinando un giro copernicano en la anterior consideración de los efectos jurídicos del contrato de cambio de solar por obra futura. Asimismo, a través del análisis detenido del art. 13 RH se introducirán otras cuestiones que, con independencia de la dicción actual del antedicho precepto, servirán de apoyo y ayuda para una mejor comprensión global del contrato y acercarán de forma indubitada a muchas de las conclusiones a extraer sobre la transmisión de la propiedad en los contratos de aportación de solar por edificación futura.

II.2.1. «Cesión de suelo por obra futura». Contrato típico o contrato atípico. Examen jurisprudencial

El párrafo 1º del art. 13 RH, según la redacción del RD 1867/1998, alude literalmente a *la cesión de suelo por obra futura* o —según su Exposición de Motivos—, a la *permuta de suelo por obra futura*. Por ende, aunque esta modalidad contractual hasta ese momento estaba huérfana de regulación legal era patente que en la

práctica era un recurso de primer orden⁶⁷⁸ y se consideraba plausible establecer unos cauces reglados.

Lo que sí cabe precisar es que el hecho de que el contrato pase a estar nominado en modo alguno quiere decir que venga a quedar configurado como un contrato típico⁶⁷⁹. De hecho, en alguna ocasión se ha reseñado que esta figura contaba con «tipicidad social»⁶⁸⁰ pero no jurídica. No obstante, una importante consecuencia práctica que se obtenía con la nueva regulación era contar con una denominación clara y terminante, lo que se traducía en tener constancia desde el primer momento del negocio jurídico proyectado aunque el contrato de aportación en cuestión estuviera conformado por una mixtura de elementos de varios contratos típicos⁶⁸¹.

Ahora bien, como certeramente señala ESPEJO LERDO DE TEJADA⁶⁸², aunque la razón de ser de esta norma se explicaba en su Exposición de Motivos, se hace

⁶⁷⁸ RICO MORALES, Nicolás: “Sobre la reforma del Reglamento Hipotecario”, en *Lunes cuatro treinta*, nº 248, 2ª quincena, diciembre 1998, págs. 7 y 8, describe como un hecho «frecuentísimo» en la vida jurídica el cambio de suelo por vuelo. No obstante, deja patente la «particularmente confusa» terminología empleada por el RD 1867/1998, al hablar de «cesión de suelo por obra futura», «título de permuta» y «comunidad especial», extremo que se traduce en la dificultad de determinar la naturaleza jurídica a que el precepto se refiere.

⁶⁷⁹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 33 y 34, muestra la diferencia entre contrato atípico y contrato innominado. El primero es el que no cuenta con regulación positiva; el segundo, es aquél que carece de todo nombre legal. Pueden darse supuestos en que coincidan ambas circunstancias pero no necesariamente, de tal forma que, aunque en ocasiones tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido tales acepciones como sinónimas, no puede sostenerse de manera categórica. De hecho, la coincidencia podría predicarse en un ordenamiento jurídico cerrado, en el que se establecen únicamente modelos contractuales rígidos pero no en aquellos ordenamientos en los que el contrato se concibe como categoría general, con contenido diverso y donde los modelos existentes son meramente orientativos. Ahora bien, lo que sí es cierto es el hecho de que, aunque contrato atípico y contrato innominado no son términos equivalentes, pudiendo coincidir en determinados aspectos, sí tienen un mismo origen y su existencia responde a idéntica finalidad. Así, la indicada jurista manifiesta: «el reconocimiento en ambos casos de tal categoría contractual supone dar entrada en el Ordenamiento jurídico y reconocer la validez de contratos que no se corresponden con las formas legalmente establecidas y que realizan una función económico-social distinta, persiguen un propósito práctico distinto, en definitiva, la causa del contrato es nueva y extraña a las conocidas por la ley». Por su parte, SILLERO CROVETTO Blanca y M^a José GARCÍA ALGUACIL: ob. cit., pág. 345, son más pragmáticas y, si bien su criterio se expone con anterioridad a la promulgación del RD 1867/1998, consideran a este contrato como atípico sin entrar en la diferencia entre atípico, mixto y complejo ya que la propia doctrina científica no ha logrado encontrar un criterio uniforme sobre la conceptualización de cada uno de ellos.

⁶⁸⁰ NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 12.

⁶⁸¹ Así lo afirma NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit. pág. 42.

⁶⁸² ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “La inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión de suelo a cambio de edificación futura. Comentario a la RDGRN 7 mayo 2009 (RJ 2009, 3004)”, en *RDP*, nº 24/2010 (BIB 2010\177), págs. 323 y ss. El mismo autor en su trabajo: *La entrega de suelo por obra futura*, www.derechodelaedificacion.uma.es/observatorio/obVEstudios2.php, pág. 1, fecha de última consulta: 18 de septiembre de 2014, mantiene que la reforma del art. 13 RH tenía como horizonte afrontar algunas de las deficiencias que se habían venido detectando con la «desdicha» de su posterior anulación por el TS. Esta opinión es refrendada por RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 71 a 73, criticando varios aspectos de la deficiente técnica legislativa empleada y manifestando que la Exposición de Motivos del RD 1867/1998 no explica mínimamente los objetivos o finalidad del art. 13, transmitiendo la dificultad que entraña que se pueda valorar su efectividad, olvidando que las normas jurídicas no se justifican por sí mismas sino que debe demostrarse su necesidad. También el Dictamen del Consejo de Estado 1640/1998, de 9 de julio, informando sobre el Proyecto de RD de reforma de determinados preceptos del RH, alude a esta carencia explicativa: *Sin embargo, hay artículos enteros que se reforman sin una palabra de comentario ni en la memoria ni en los informes, si bien es justo observar que ordinariamente participan de una reforma más general que sí es explicada. Pero, sobre todo, es llamativo que el proyecto, unitariamente considerado, no ha merecido la atención de la memoria, ni del preámbulo.*

«demasiado brevemente y sin el detalle que hubiera merecido». En efecto, el legislador no debiera haber escatimado esfuerzos en su ilustración acerca de las razones consideradas con el objetivo de elaborar esta modificación en lugar de apostar por ser excesivamente parco en apostillar sus postulados⁶⁸³. El hecho de apuntalar a ultranza la motivación de la norma no le hubiera privado de la nulidad comentada por parte del TS según la forma y contenido en la que el RD entró a formar parte de la vida jurídica; sin embargo, máxime considerando que lo que se hacía era modificar una norma relativa al cauce registral a seguir para conseguir la inscripción de estos contratos, prodigarse en defender su advenimiento al ordenamiento jurídico y su sustento en el tiempo requería de mayor reforzamiento. Todo ello desde el punto de vista, nada ajeno al propio legislador, de que se estaban afrontando materias sustantivamente jamás plasmadas en un texto legal y que afectaban, nada más y nada menos, que al sistema de transmisión de la propiedad⁶⁸⁴, por mucho que la *ratio legis* de la norma fuera buscar la protección del cedente⁶⁸⁵ en el período intermedio que se extiende desde que transmite el solar al constructor-cesionario hasta que éste procede a entregarle las piezas de edificación objeto de la contraprestación.

⁶⁸³ Vienen a la memoria las reflexiones de GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *La Ley Hipotecaria*, Colección Conmemorativa de los 150 años de la primera Ley Hipotecaria, Tomo I, Edición facsimil, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 172 y 173, cuando en pleno siglo XIX, contemporáneamente al reinado de Isabel II, ya manifiesta: «la sociedad en nuestro días, más exigente que en los tiempos que pasaron, no se contenta con ser gobernada, sino que quiere ser bien gobernada; no basta darle leyes, es menester que estas sean las mejores posibles, atendida la época y las circunstancias. En las asambleas deliberantes de los pueblos regidos constitucionalmente, como el nuestro, encuentran eco los sistemas diferentes que dividen a los hombres de la ciencia, se ponen unos en frente de otros, y de la lucha salen vencedores los que por acomodarse a las necesidades y condiciones de la sociedad actual, consultan mejor a la conveniencia pública y ofrecen ventajas más prácticas en su realización.

La ciencia del derecho no consiste en tener el conocimiento de la letra de las leyes; el hombre dotado de una memoria felicísima, podría entonces a poca costa aparecer como un gran jurisconsulto, aunque no comprendiera su filosofía, a pesar de que nuestros padres le llamaban con desprecio *leguleyo*. El verdadero conocimiento de las leyes está en su espíritu, no en las palabras de que el legislador se vale para expresar su voluntad soberana: *el saber de las leyes*, dice el Rey Sabio, *non es solamente en aprender e decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas*, y antes había escrito: *entenderse deben las leyes bien e derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento dellas a la mas sana parte e mas provechosa, según las palabras que y fueren puestas*.

Con el extracto anterior se pone de manifiesto que siglo y medio atrás existían idénticas preocupaciones que en la actualidad acerca de la calidad de la producción legislativa así como el espíritu que ha guiado y justificado la elaboración del texto legal de que se trate, instando al legislador a que revele el espíritu de las leyes a fin de evitar torticeras interpretaciones o abusos amparados en la letra de la misma. Con impecable criterio se sostiene que actuando de esta forma se consigue impregnar a los textos legales de fuerza y prestigio desde el mismo instante de su nacimiento.

⁶⁸⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “La inscripción...”, ob. cit., pág. 325. Este jurista pone en valor la buena voluntad e intención del legislador al reformar el art. 13 RH aunque señala que «en su contra juega el hecho de que aparentemente afecta al sistema del título y el modo vigente entre nosotros para la transmisión de los derechos reales, lo que costó muy caro al art. 13 RH, cuando se le impugnó en sede judicial».

⁶⁸⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M^a: “Conflicto entre el permutante...”, ob. cit., pág. 6, destaca que «en el fondo este precepto perseguía solventar la insuficiente regulación legal de la situación jurídica en que se encuentra en general el adquirente de pisos en construcción, acogiendo la ficción de convertirle de modo anticipado en propietario de tal piso o local, al menos para los efectos que le pudieran favorecer».

Resulta relevante detenerse en el *nomen* que le atribuye el RD 1867/1998 a este contrato: «cesión» por obra futura ó «permuta» por obra futura, según la Exposición de Motivos. Es la primera vez⁶⁸⁶ que el legislador se atreve a conceptualizar este negocio jurídico, a dotarle de un nombre y correlativamente de una regulación demandada por parte de la doctrina científica ante la avalancha de contratos celebrados bajo esta modalidad y lo útil que se estaba revelando en la práctica. Ahora bien, la cuestión no ha ido más allá pues con la anulación por el TS de los tres primeros párrafos del art. 13 RH —en particular del párrafo 1º donde se denominaba al contrato estudiado como «cesión de suelo por obra futura»—, el contrato queda sin *nomen iuris* y sin regulación legal alguna, ni siquiera en lo relativo al camino a seguir para su acceso al Registro de la Propiedad que, en definitiva, era lo que se determinaba en los párrafos derogados del referido precepto. De hecho, con la redacción actual la forma de conseguir la protección tabular del contrato de aportación de solar por obra futura se mantiene a través de lo que se denominan como «vías indirectas»⁶⁸⁷.

Actualmente, la única referencia y regulación con la que se cuenta del mismo en el ámbito sustantivo es la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, posterior a la anulación parcial del RD 1867/1998 por el TS, cuya denominación atiende más a la realidad práctica y urbanística al incluir como objeto de cesión a la «edificabilidad», concepto que conocen al detalle los profesionales de la construcción por el interés crematístico que se proyecta sobre el mismo: a mayor edificabilidad, mayor beneficio.

II.2.2. «Transmisión actual» de los pisos o locales del edificio a construir

⁶⁸⁶ Recientemente, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, alude en su art. 17.1.b) al *contrato de permuta o cesión de terrenos o de parte de la edificación sujeta a rehabilitación por determinada edificación futura*. Esta constancia en la letra de la ley carece de trascendencia alguna en relación al estudio de la transmisión de la propiedad que se está abordando pero hace prueba de que este contrato sigue estando en la mente del legislador, pervive en la práctica contractual y se ofrece como herramienta eficaz. Tras la entrada en vigor del RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, el precepto señalado pasa a corresponderse con el art. 33.1.b) de esta disposición legal.

⁶⁸⁷ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 171 y PÉREZ GURREA, Rosana: ob. cit., pág. 1960, hablan de estas «vías indirectas» ya que el acceso al Registro de la Propiedad de los derechos que el cedente atesora sobre la futura edificación provienen de la inscripción de los departamentos que le corresponderán junto a la inscripción del cesionario, de conformidad con los arts. 10 y 11 LH así como por la vía de la inscripción de la propiedad horizontal.

La admisión de la «transmisión actual» de los pisos o locales era el estandarte de la reforma del art. 13 RH al hacer posible que las partes, voluntariamente, pudiesen acordar que el objeto futuro que conformaba la contraprestación del cesionario se entendiera transmitido desde el mismo momento en que se celebraba el contrato de permuta de solar por futura edificación —siempre que se cumplieran el resto de requisitos que establece el precepto—. En otras palabras, en el párrafo 1º del precepto reformado, se admitía la existencia de una permuta de efectos jurídico-reales frente a la tradicional de meros efectos jurídico-obligacionales. Por consiguiente, se estaba dando carta de naturaleza legal a la anhelada protección del dueño del suelo mediante la atribución automática de un derecho real sobre las futuras piezas de edificación que el cesionario-constructor se comprometía a entregarle una vez ejecutadas. Con esta norma se finiquitaba la inseguridad soportada en exclusiva por el cedente del solar en el fatídico período intermedio que transcurre entre la firma del contrato de permuta y la efectiva entrega por el cesionario de los inmuebles convenidos.

Sobre lo anterior cabe hacer una matización de importancia esencial, redundado sobre lo recogido en anteriores capítulos, ya que la total protección del propietario del suelo que transmite el mismo al cesionario vendrá no sólo por atribuirle desde la suscripción del contrato de aportación un derecho real sobre la parte de edificación a recibir sino por el hecho de que el referido contrato acceda al Registro de la Propiedad y sea oponible frente a terceros. Esta aseveración es subrayada por PLANA ARNALDOS⁶⁸⁸, para quien, efectivamente, el reconocimiento de un derecho real protegerá al cedente de los embargos de los acreedores del constructor pero hay que ser sumamente cautelosos como consecuencia de que dicha protección no es efectiva *erga omnes* hasta que tenga reflejo tabular y, por ende, el cedente podría toparse con la existencia de terceros hipotecarios de buena fe en el supuesto de que el constructor-cesionario haya transmitido a los mismos los inmuebles que le correspondería recibir, verificándose una adquisición a *non domino*.

⁶⁸⁸ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 165. Con la misma esencia ALONSO PÉREZ, M^a Teresa: “Una alternativa al contrato...”, ob. cit., pág. 1026, coincide en señalar que los problemas que afectan al contrato de cambio de solar por obra futura pasan por reconocer titularidades jurídico-reales a los sujetos implicados, tal cual lo hacía de manera patente la modalidad regulada en los párrafos 1º a 3º del artículo 13 RH, en su pretensión de ser un avance frente a la concepción tradicional con reflejo en los párrafos 4º y 5º del mismo precepto.

Asimismo, conviene poner en valor el hecho de que el primer párrafo del art. 13 RH otorgaba un valor capital a la autonomía de la voluntad de las partes para configurar este negocio jurídico: *En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual....*

Nótese, por consiguiente, que en la redacción analizada se verifica el primero de los requisitos exigidos por los partidarios de conceder a la escritura pública de permuta efectos jurídico-reales: la inequívoca voluntad de transmitir el dominio de los objetos futuros. Este dato no ha pasado desapercibido para la doctrina científica que ha estudiado el contrato objeto del presente trabajo. Así, según la opinión de RUDA GONZÁLEZ⁶⁸⁹, el supuesto de hecho de esta norma, desde un punto de vista teórico, es lo que se ha denominado como «anticipación convencional del momento traslativo».

En la misma línea, SEOANE SPIEGELBERG⁶⁹⁰ encuadra el objeto del contrato de aportación de solar por edificación futura en la construcción doctrinal de los «contratos anticipativos».

Por su parte, RODRÍGUEZ GUITIÁN⁶⁹¹ asevera que el art. 13.1 RH pretendía solucionar la insuficiente regulación legal en la que se encuentra todo adquirente de inmuebles en construcción, «acogiendo la ficción de convertirle de modo anticipado en propietario de tal piso o local, al menos para los efectos que le pudieran favorecer».

⁶⁸⁹ RUDA GONZÁLEZ, Albert: “El contrato de cesión...”, ob. cit., pág. 1538. El mismo autor en su obra: *El contrato...*, ob. cit., págs. 207 a 218, efectúa un repaso doctrinal y jurisprudencial a esta corriente, manifestando que: «la idea de que la propiedad sobre un piso futuro no puede adquirirse hasta que éste está terminado ha sido en cierta medida superada», reconociendo el carácter de la RDGRN de 16 de mayo de 1996 como antecedente directo del que fue el primer párrafo del art. 13 RH. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., págs. 883 y 884, al tratar sobre la anticipación convencional del momento traslativo defiende una interpretación laxa de los «acuerdos traslativos», concluyendo que un convenio expreso de las partes puede servir para anticipar la *traditio* al momento en el que fueron emitidos los consentimientos traslativos. Como señala este jurista, entre los contratantes es plenamente válido un acuerdo de este calibre. Ahora bien, el problema aflora en la eficacia frente a terceros, admitiendo que no puede encontrarse una respuesta unívoca, afirmando que el convenio surte efectos *erga omnes*, especialmente cuando dichos efectos no son perjudiciales para los terceros. Por tanto, en los casos en los que no se ha consumado la tradición como investidura posesoria y creación de un signo exterior de reconocibilidad, no se puede entender que estos acuerdos afecten a los terceros con idéntico fundamento que el que aplica el art. 1473 CC para resolver los casos de doble venta.

⁶⁹⁰ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: ob. cit., pág. 2211.

⁶⁹¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a: “Conflicto entre el permutante...”, ob. cit., pág. 6.

Dicho lo anterior, el precepto en cuestión es heredero directo de la RDGRN de 16 de mayo de 1996 en la que, por primera vez, se reconoce por el Centro Directivo que el cedente pueda inscribir directamente a su favor unas determinadas piezas de edificación según lo establecido en la propia escritura de permuta y sin necesidad de otorgar *a posteriori* el acta de entrega que haga las veces de modo transmisivo. Así, ARNÁIZ EGUREN⁶⁹², con respecto al carácter «actual» de la transmisión cuyo contenido recoge el primer párrafo del art. 13.1 RH, elogia el hecho de reafirmar la tendencia a la espiritualización de la tradición al centrarla directamente en el otorgamiento de la escritura pública, extremo que implica «un avance conceptual sobre el perfeccionamiento y la consumación del contrato adecuado a la realidad en que ha de aplicarse».

Asimismo, como se señalaba anteriormente, el contenido de este precepto secunda la posición que al respecto había tomado parte de la doctrina científica buscando una mayor protección para el transmitente de la parcela hasta que se le entreguen físicamente los elementos futuros una vez concluida la edificación. Ahora bien, como es lógico, la reforma de este precepto dio lugar a una serie de posicionamientos doctrinales que, a efectos didácticos, se divide en dos grupos.

El primero de ellos está conformado por las dos posturas clásicas y antagónicas en relación con la transmisión de objetos futuros, examinadas en los capítulos precedentes, y su concreta aplicación al art. 13 RH según la redacción atribuida al mismo por el RD 1867/1998, esto es, en primer lugar, la admisión de que la nueva redacción del art. 13 RH admite sin ambages la transmisión actual de los elementos futuros o bien, la corriente tradicional de sostener que el propietario del suelo exclusivamente goza de un derecho de crédito para reclamar al cesionario-constructor la entrega de la obra futura.

Por su parte, el segundo grupo aglutina, a su vez, dos interpretaciones individuales, las cuales, se considera, no encuentran un encaje adecuado en las correspondientes al primer grupo, revelándose más práctico su examen por separado. Se

⁶⁹² ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “Urbanismo...”, ob. cit., pág. 104.

trata de las tesis de dos autores: ESPEJO LERDO DE TEJADA y RUDA GONZÁLEZ. El primero de ellos defiende la existencia de una comunidad sobre el solar formada por cedente y cesionario en proporción equivalente a la edificación futura que ha de percibir el inicial y exclusivo propietario del suelo, como consecuencia de ser ésta y no otra la verdadera voluntad de las partes al suscribir el contrato de permuta. Por otro lado, para RUDA GONZÁLEZ, del art. 13 RH no se deriva transmisión de la propiedad alguna.

II.2.2.1. Corrientes doctrinales sobre la transmisión de objetos futuros en relación con la nueva redacción del art. 13 RH

II.2.2.1.1. Admisión de la permuta de suelo por obra futura con efectos jurídico-reales

El debate doctrinal de mayor enjundia lo protagoniza el hecho de determinar si el art. 13 RH introdujo o no una permuta de efectos jurídico-reales. La doctrina más autorizada en la materia se mostró satisfecha en líneas generales con la reforma introducida por el RD 1867/1998 aunque la interpretación del texto normativo no es unívoca como se muestra a continuación.

NÚÑEZ MUÑIZ⁶⁹³ admite los efectos reales del contrato siempre y cuando se cumpliesen los demás requisitos que contenía el referido precepto. Para esta autora la interpretación en torno a la delimitación de la transmisión actual de la propiedad mediante acuerdo de las partes quedaba confirmada con la mención en el párrafo 4º del art. 13 RH de contratos en los que las partes *hayan configurado la contraprestación de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional*. Por todo ello, destaca la enorme influencia que al respecto tiene la autonomía de la voluntad de las partes ya que no sólo cabe convenir una permuta con efectos jurídico-reales según los términos del párrafo 1º del citado precepto —esto es, constando el

⁶⁹³ NÚÑEZ MUÑIZ, Mª Carmen: *La aportación...*, ob. cit., págs. 46 y 47, entiende que la alusión que en la propia Exposición de Motivos del RD 1867/1998 se hace a que *los contratantes puedan configurar con otro alcance, incluso puramente obligacional, los derechos y obligaciones del contrato* es una «aclaración innecesaria» debido a que en materia contractual rige el principio de autonomía de la voluntad y advierte de la redundancia al recogerse este aspecto tanto en la Exposición de Motivos como en el propio precepto.

pacto inequívoco de las partes respecto a la transmisión inmediata de la obra futura al cedente— sino ante cualquier otra modalidad contractual habida cuenta la ductilidad del contrato en cuestión; incluso, en última instancia, ante la permuta obligacional o tradicional que perdura en los párrafos 4º y 5º del art. 13 RH.

LANZAS MARTÍN⁶⁹⁴ se inclina por la posibilidad de inscribir con carácter real el derecho del propietario del suelo sobre los pisos asignados contractualmente. Este tratadista considera que es la primera vez que un texto sustantivo plasma las reglas a tener en cuenta para el acceso de este contrato al Registro de la Propiedad, afirmando que la reforma del art. 13 RH recoge de manera positiva el testigo de la RDGRN de 16 de mayo de 1996, haciendo extensivo a este texto legal las mismas críticas o halagos que en su día recayeron sobre la referida Resolución.

Por su parte, FIGUEIRAS DACAL⁶⁹⁵ afirma que lo que se regulaba en el art. 13 RH era un supuesto de transmisión, por título de permuta, de un «espacio vacío», delimitado en los planos de la edificación futura como un mero «volumen cúbico», el cual, de inmediato e incluso antes de comenzar la edificación, implicaba el nacimiento a favor del cedente de un derecho dominical sobre esa porción del espacio, compartido en la titularidad de la finca con el cesionario.

Por su parte, JIMÉNEZ CLAR⁶⁹⁶, acerca del acceso tabular de la escritura pública de permuta de suelo por obra futura mantiene que en el art. 13 RH aparecía un supuesto de inscripción constitutiva. Fundamenta su posición en el hecho de que aunque el nuevo art. 13 RH no exige el otorgamiento de la previa o simultánea escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, sí contempla la descripción de las fincas que componen la contraprestación en el folio registral del solar conforme a las exigencias de la LPH.

⁶⁹⁴ LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: “El derecho del cedente...”, ob. cit., pág. 704.

⁶⁹⁵ FIGUEIRAS DACAL, Manuel: “La disociación jurídica del dominio y el pluridominio”, en *RCDI*, nº 672, julio-agosto 2002, pág. 1240.

⁶⁹⁶ JIMÉNEZ CLAR, Antonio: “Permuta de solar a cambio de construcción”, en *Lunes cuatro treinta*, nº 251, 1ª quincena, febrero 1999, págs. 14 a 16. Su deducción acerca de que se trata de un supuesto de inscripción constitutiva proviene de entender que «sólo la constancia registral puede suplir la carencia de publicidad posesoria de estas fincas que no están materialmente determinadas y cuya existencia solo es discernible a través de la publicidad registral».

Por otro lado, ALONSO PÉREZ⁶⁹⁷ al tratar sobre la modalidad introducida por los párrafos 1º a 3º del RD 1867/1998 defiende que, aunque inicialmente pudiera considerarse que tales párrafos regulan una permuta no obligacional al compararse con el tenor del párrafo 4º, en realidad también se contempla una relación meramente obligacional como se desprende de los párrafos 4º y 5º, «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», evitándose la intervención directa del cesionario en la entrega.

Por el contrario, ELIZALDE Y AYMERICH y LÓPEZ FERNÁNDEZ⁶⁹⁸ ponen de manifiesto «la perplejidad» que provoca definir la prestación del dueño del solar como «transmisión actual», cuestionándose: «¿cómo afirmar la transmisión actual de una cosa futura?». La conclusión que estos juristas aportan es la posibilidad de que el art. 13 RH quisiera referirse a que el objeto de la transmisión es el folio registral abierto por anticipado a pisos aún no construidos efectuando una interpretación laxa de los párrafos 4º y 5º del art. 8 LH.

II.2.2.1.2. Permuta con efectos jurídico-obligacionales

Conforme a lo examinado en el capítulo X, los partidarios de atribuir a la escritura pública de permuta de suelo por obra futura exclusivamente efectos jurídico-obligacionales se basan, en primer lugar, en que no puede considerarse que exista un derecho real sobre un objeto inexistente y, en segundo lugar, que el ordenamiento jurídico español requiere para completar la adquisición del dominio de la *traditio*, sin que la misma pueda verificarse cuando el *tradens* no posee el objeto del contrato, como sucede con los inmuebles aún por construir.

⁶⁹⁷ ALONSO PÉREZ, M^a TERESA: “Una alternativa al contrato...”, ob. cit., pág.1033, significa además que con esta concepción del contrato de cesión de solar por edificación futura se pretendieron superar los problemas que venía planteando la estructuración tradicional del mismo, aclarando que: «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».

⁶⁹⁸ ELIZALDE Y AYMERICH, Pedro de y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ: ob. cit., pág. 1947.

La corriente que acoge este criterio se pliega al máximo a la teoría del título y el modo en consonancia con la casi unánime jurisprudencia del TS que rechaza frontalmente aceptar la transmisión inmediata de los departamentos futuros hasta que los mismos adquieren entidad física.

Entre los autores que han vertido una opinión contraria a la permuta de efectos jurídico-reales diseñada por el art. 13 RH tras su reforma se encuentra ZURITA MARTÍN⁶⁹⁹, partidaria de respetar a ultranza la teoría del título y el modo, negando la transmisión de la propiedad de los pisos y locales al cedente hasta que el cesionario-constructor finalice el edificio.

BADOSA COLL y DEL POZO CARRASCOSA⁷⁰⁰ muestran su disconformidad bajo la premisa de considerar que el art. 13.1 RH contenía la ficción de entender que el piso materialmente futuro se convertía en un bien jurídicamente presente.

En idéntica línea, PUNZANO ROMERO⁷⁰¹ coincide con la fundamentación jurídica que llevó al TS a anular los tres primeros párrafos del indicado precepto, en el sentido de considerar que choca frontalmente con la teoría del título y el modo.

II.2.2.1.3. Dos diferentes interpretaciones sobre la nueva redacción del art. 13 RH

II.2.2.1.3.1. Tesis de ESPEJO LERDO DE TEJADA: la verdadera voluntad de las partes en relación con el sistema causalista de transmisión de la propiedad

⁶⁹⁹ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones...”, ob. cit., págs. 229, 230 y 234.

⁷⁰⁰ BADOSA COLL, Ferrán y Pedro DEL POZO CARRASCOSA: “La cesió de finca o de edificabilitat a canvi de construcció futura”, en *Revista Catalana de Dret Privat*, 2003, vol. 1, pág. 21.

⁷⁰¹ PUNZANO ROMERO, Manuel: “Algunas cuestiones sobre el Reglamento Hipotecario: su incidencia tributaria. Al hilo de la STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083)”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 3/2002 (BIB 2002\639), pág. 6.

La propuesta que se expone a continuación defiende la aparición automática de una comunidad entre cedente y cesionario desde que el primero entrega el solar al segundo para que edifique, cuyas cuotas serán proporcionales a la futura edificación que quedará en propiedad de cada uno de ellos definitivamente.

A priori, pudiera parecer que no contiene nada nuevo en función de los antecedentes ya expuestos. Ahora bien, la singularidad de esta consideración es la deducción de su autor, ESPEJO LERDO DE TEJADA, respecto a la verdadera voluntad de las partes en contraposición a lo que expresamente ha quedado recogido en el contrato, resolviéndose —a su juicio— de manera más acorde y equilibrada la situación en la que se encuentran los intereses de los contratantes y con una recta interpretación del sistema de transmisión de los derechos reales, centrándose en la causa del contrato para cada una de las partes.

No obstante, en rigor, puede decirse que esta solución fue anticipada varias décadas atrás por LUCAS FERNÁNDEZ⁷⁰², con la única variante de que en este caso dicho autor aducía que la situación creada no era la realmente deseada por los contratantes y, por ende, no existía derecho sobre cosa futura sino derecho actual sobre el solar.

Esta consideración ha sido defendida por ESPEJO LERDO DE TEJADA en los diferentes trabajos de este jurista que se relacionan en la bibliografía de esta investigación, revelándose significativo para comprobar sus postulados el comentario del antedicho jurista a la de la RDGRN de 7 de mayo de 2009⁷⁰³. En esta Resolución la

⁷⁰² LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: “La contratación sobre edificio futuro...”, ob. cit., págs. 277 y ss.

⁷⁰³ RJ 2009, 3004. En el mismo sentido, también la RDGRN de 24 de mayo de 2009 analizada al tratar de la corriente favorable al *ius ad rem*. ESPEJO LERDO DE TEJADA menciona ambas resoluciones como paradigmáticas en su trabajo: *La permuta de suelo...*, ob. cit., pág. 9. La RDGRN de 9 de mayo de 2009, también fue mencionada anteriormente, recordando, no obstante, que el debate sobre el que tuvo que resolver el Centro Directivo se centraba en la inscribibilidad de una escritura rectificativa de otra anterior de compraventa, por virtud de la cual se sustituía la obligación de entrega de dinero prevista en ésta por la de entregar determinadas piezas de edificación en el edificio a construir. El registrador, apoyándose en la nulidad declarada por la Sala 3ª del TS de los tres primeros párrafos del art. 13 RH, determina que la permuta de cambio de cosa presente por edificación futura sólo puede configurarse con carácter meramente obligacional pero no como transmisión actual de la obra futura pactada, excepción hecha de que se constituya una comunidad sobre el solar. Así las cosas, la DGRN, apoyándose en las anteriores Resoluciones de 16 de mayo de 1996, 5 de enero de 1999, 31 de marzo de 2001, 13 de julio de 2005 y 8 de septiembre de 2005, reitera la línea argumentativa mantenida de admitir la transmisión actual de la obra futura en la medida que se genere una comunidad sobre el solar y siempre que la escritura de permuta determine la transmisión actual, efectuándose automáticamente la entrega del pleno dominio como consecuencia de la entrada en escena de la transmisión instrumental, habida cuenta de que la copropiedad del solar es un derecho real y recae sobre un objeto existente.

controversia giraba en torno a la consideración de si para que el derecho del cedente accediera al Registro de la Propiedad y gozara de la protección tabular se precisaba que operara la tradición instrumental o bien que se generara una comunidad sobre el solar en la que ambas partes fueran condóminos. Como se verá más adelante, este autor llega a la misma conclusión en posteriores trabajos⁷⁰⁴.

La clave de bóveda de su tesis estriba en considerar que las partes, al diseñar el negocio jurídico que ha de gobernar su relación, admiten una serie de efectos que, sin embargo, no reflejan la verdadera voluntad o resultado al que aspiran. De ahí que, aun reconociendo que son de suma gravedad los problemas que pretendía paliar el RD 1867/1998 y que siguen preocupando a la doctrina, lo verdaderamente cierto es que dicha norma no había acertado en lo que el autor denomina «bases de partida», de tal forma que, indefectiblemente, las conclusiones alcanzadas por la misma entraban en contradicción con el resto del ordenamiento jurídico⁷⁰⁵. He aquí una de las coincidencias en relación con la explicación del art. 13 RH que efectúa RUDA GONZÁLEZ⁷⁰⁶ para quien los efectos que realmente producía el contrato no eran los realmente pretendidos por las partes (transmisión del solar más transmisión de los pisos) sino otro efecto bien distinto (constitución de comunidad sobre el solar).

ESPEJO LERDO DE TEJADA sostiene que «la entrega no puede producir una transmisión jurídico-real más extensa que la proyectada por las partes como efecto del contrato», traducándose en el hecho de que en el supuesto de que los contratantes hayan previsto una situación final de comunidad sobre la edificación futura, la transmisión del solar por el cedente ha de significar, como máximo efecto, la

Ahora bien, en esta Resolución, la DGRN (Fundamento de Derecho Cuarto), concluyó lo siguiente: *Sin embargo, en el supuesto de hecho de este expediente, claramente se establece en la escritura de rectificación —en su cláusula primera— “la sustitución de la obligación de entrega en dinero por la de entregar los elementos” que en dicha escritura se expresan y —en la cláusula cuarta— la sociedad constructora “se obliga a entregar los referidos elementos totalmente terminados”, por lo que del tenor del contrato resulta que las partes lo han configurado con carácter puramente obligacional, sin que se garantice con ningún tipo de garantía real la contraprestación. No resulta de la escritura la tradición instrumental o jurídica de los pisos o locales a construir ni por ende la creación de una comunidad sobre el solar. Por lo que fue correcta la actuación del Registrador al inscribir la transmisión del terreno, denegando ahora la inscripción de la rectificación por la que se sustituye la contraprestación de pago de dinero por la entrega de pisos o locales en el edificio a construir, por su carácter puramente obligacional (artículos 98 LH y 9 del Reglamento). Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.*

⁷⁰⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “Prehorizontalidad...”, ob. cit., págs. 373 a 378.

⁷⁰⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La entrega de suelo por obra futura...*, ob. cit., pág. 2.

⁷⁰⁶ RUDA GONZÁLEZ, Albert: “El contrato de cesión...”, ob. cit., pág. 1539.

transmisión de una cuota sobre el mismo equivalente a la que le corresponderá a la obra futura que se adjudique en propiedad. Suscribe que, entenderlo de forma opuesta, casa mal con el sistema causalista de transmisión de los derechos reales al presuponer una transmisión de la propiedad del suelo desvinculada de su concreta base contractual, asegurando que «resulta más adecuado entender que, como mucho, en estos contratos puede aparecer tras la entrega del suelo una “titularidad compartida” sobre el mismo por ambos contratantes»⁷⁰⁷ pues la ulterior situación de comunidad es la perseguida tanto por cedente como por cesionario.

De esta forma, la transmisión del solar tendría únicamente carácter medial, resultando difícil de entender que «careciendo de condicionamientos normativos claros, haya que construir los efectos de la figura únicamente a imagen de los contratos de finalidad transmisiva (compraventa y permuta). Más bien se debe completar esa visión, a partir de la voluntad de las partes, tomando en cuenta las normas relativas a la constitución voluntaria de una situación de comunidad».

La interpretación que defiende a ultranza este jurista es que no puede admitirse en el contrato de cesión de suelo por edificación futura que la transmisión del suelo opere como si se estuviera ante un contrato transmisivo típico, configurándose dos transmisiones como considera el resto de la doctrina: la primera, la del propietario del suelo al constructor, recibiendo éste último íntegramente el solar para ejecutar la construcción proyectada; la segunda, la posterior entrega de las piezas de edificación convenidas una vez que el cesionario-constructor ha finalizado la obra⁷⁰⁸.

ESPEJO LERDO DE TEJADA arguye que si la situación final en la que ha de quedar el suelo, como consecuencia de lo plasmado en el contrato por ambas partes, es la de comunidad sobre el edificio y, por ende, también sobre los elementos comunes que

⁷⁰⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “Prehorizontalidad ...”, ob. cit., pág. 377 y *La permuta de suelo...*, ob. cit., pág. 76.

⁷⁰⁸ El mismo autor en su trabajo: “¿Es conforme al ordenamiento el art. 13 RH sobre cesión de suelo por obra futura?”, en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín Hernández*, Universitat de València, 2009, pág. 342, suscribiendo que en realidad lo que sucede en este contrato es que la entrega del solar no transmite al cesionario una titularidad plena del mismo, sino una «titularidad concurrente con la del cedente». De esta forma, —asevera— no habría que justificar ninguna ficción basada en la imposible transmisión de pisos o locales inexistentes, insistiendo en que la entrega sólo puede producir una transmisión medial o instrumental en el sentido expuesto *supra*.

conforman la propiedad horizontal, la transmisión del solar que ha de recibir el cesionario debe corresponderse exactamente con la cuota resultante que conserve en propiedad tras haber entregado al cedente la obra futura concertada. Pero «nunca la propiedad plena del mismo. Las características y la extensión del cedente —continúa— dependerán del concreto modo en que se configuren en cada título, pero nunca se puede llegar a producir un inicial y completo despojo de la titularidad real del cedente, salvo que la situación final del mismo prevista en el contrato sea también para él simplemente obligacional (por ejemplo, un arrendamiento vitalicio). No hay en un contrato de este tipo justificación causal suficiente para una transmisión de la plena titularidad del suelo».

En lo tocante al art. 13 RH reconoce que el indicado precepto constituyó un hito como primer intento de regulación de la figura. Además la nueva norma intentaba afrontar algunas de las deficiencias que se venían observando en la aplicación de la institución, a partir de algunas intuiciones correctas que podrían seguir produciendo ciertos frutos. No obstante, —concluye—, el resultado final alcanzado de anulación parcial por el TS era perfectible porque algunos de los presupuestos de partida estaban desenfocados.

II.2.2.1.3.1.1. Críticas a la tesis de ESPEJO LERDO DE TEJADA

Es el propio ESPEJO LERDO DE TEJADA⁷⁰⁹ quien, en su comentario a la STS (Sala 1ª) de 29 de abril de 2010, cercena toda la viabilidad de su teoría cuando asevera: «No es factible que la fase contractual de construcción genere unos efectos reales en beneficio del constructor más extensos que los propios de la fase definitiva (salvo que respondan a una causa específica y propia, como pueda ser la de garantía, o se mantengan dentro de las facultades de administrar necesarias para la realización de la edificación). Qué tipo de comunidad exista y qué facultades se comparten entre el cedente y el cesionario depende de la voluntad de las partes en el caso concreto».

⁷⁰⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “Prehorizontalidad...”, ob. cit., pág. 378.

Desde el punto de vista de la presente investigación, siempre va a existir una de las causas obstativas que aduce el referido jurista —incluso las dos conjuntamente—. Se duda de que en la práctica mercantil cotidiana se hayan llegado a concluir negocios jurídicos como el que se estudia admitiendo el constructor una titularidad compartida con el cedente, salvando el caso de que tal comunidad esté pactada de antemano, lo que lógicamente conlleva otras consecuencias. Si el encargado de levantar la edificación, generalmente profesional del sector, no cuenta con plenas facultades de posesión sobre el solar, aun separando los casos más evidentes de total señorío en que obtenga la plena propiedad *ab initio*, unido a la posibilidad de gestionar desde el primer momento cuantas autorizaciones y licencias administrativas sean preceptivas para acometer su proyecto, rehusará suscribir el contrato⁷¹⁰.

En clave práctica y del día a día de una obra de construcción, el cesionario-constructor no puede verse limitado por el cedente ya que, salvo excepciones, existe un contrato de ejecución de obra con un programa de trabajo que el promotor de la edificación —que como es sabido puede coincidir o no con el cesionario— ha de respetar para no incurrir en severas penalizaciones. Es más, la financiación de la obra requiere que no se vea comprometida por obstáculos ajenos al desarrollo de la misma como consecuencia de que las entidades que hayan concedido un préstamo al promotor irán desembolsando sumas de dinero según se vayan entregando a la misma las certificaciones de obra realmente ejecutada. Cuando el margen económico o la solvencia de las empresas que participan sea estrecho, cualquier eventualidad en este ámbito puede resultar demoledor cuando no, insalvable. Ni que decir tiene que la viabilidad de un proyecto constructivo pasa en la gran mayoría de los casos por hipotecar el solar que pertenecía al cedente y la entidad financiera denegará cualquier préstamo si no contempla un escenario totalmente expedito de toda injerencia externa al hipotecante de la parcela.

Por supuesto que, como sostiene ESPEJO LERDO DE TEJADA, la transmisión del solar al cesionario es una transmisión «medial» pues sin el concurso del constructor

⁷¹⁰ En esta línea puede asimilarse la crítica efectuada por RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 85, al dudar de la calificación del contrato objeto de estudio como negocio fiduciario debido a que no ha de entenderse como excesivo el que las partes contratantes acuerden la completa transmisión del solar al cesionario porque sólo la articulación del negocio jurídico de esta forma propiciará la hipoteca del mismo por el constructor y, por ende, la viabilidad del proyecto edificatorio.

sería inviable realizar la edificación y posterior entrega al cedente de los inmuebles convenidos. Precisamente, según el criterio del presente estudio, ésa será la causa para el cedente a la hora de concertar el negocio jurídico sobre el solar de su propiedad. La configuración planteada por este jurista, respecto al hecho de que en la fase contractual no pueda atribuirse al cesionario más efectos reales que los que le corresponderán según la cuota porcentual de edificación que finalmente ostentará al finalizar la obra, se considera que carece de sustento legal.

Lo anterior resulta diáfano debido al hecho de que la situación que dibuja ESPEJO LERDO DE TEJADA no es más que una comunidad de autopromotores o la cesión de una cuota del solar para edificar, que configura un supuesto distinto al tradicional conformado por el traspaso total de la propiedad del suelo del cedente al cesionario. Tanto es así que, junto con la mayoría de la doctrina, se considera pacífico que en este contrato se dan dos transmisiones y la que menos problemática alberga precisamente es la primera de ellas: la transmisión de la propiedad del solar al constructor para que pueda edificar. En caso contrario, se estaría dando un rodeo mayúsculo para conseguir idéntica finalidad.

Asimismo, se disiente con respecto a que los efectos que produciría el contrato no son compatibles con la voluntad de las partes recogida en el mismo. Para este estudio, los contratantes hubieran diseñado un negocio jurídico diametralmente distinto si su intención hubiera sido otra.

En definitiva, la construcción de ESPEJO LERDO DE TEJADA parece excesivamente teórica y sin refrendo jurídico sustantivo más allá de las ya conocidas como comunidad para edificar o cesión de una cuota indivisa al cesionario. Su propuesta de *lege ferenda*⁷¹¹, conllevaría una modificación de la legislación que debería ceder ante la posible viabilidad de reformar el ordenamiento jurídico para adecuarlo o

⁷¹¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “Prehorizontalidad...”, ob. cit., pag. 378, alude al cambio legislativo al comentar la STS de 29 de abril de 2010: «A nuestro juicio, es esta una solución no solamente deseable de instaurar en una hipotética futura norma, sino el modo correcto de entender actualmente el contrato dentro de los principios de nuestro ordenamiento».

acomodarlo a los términos de una norma vigente durante un determinado paréntesis de tiempo —aunque breve— como la modificación del art. 13 RH.

Un último dato que parece reseñable, válido para la tesis propugnada tanto por ESPEJO LERDO DE TEJADA como la que defiende RUDA GONZÁLEZ y que seguidamente se analizará, es el efecto que produce un condominio sobre el solar o la atribución de una cuota-parte al cedente en función de las unidades de obra que percibirá al finalizar la misma, ya que, de forma automática, se está englobando al mismo como promotor de la edificación, debiendo asumir los nada desdeñables riesgos que ello supone. Si lo que se está poniendo en tela de juicio es que el contrato no expresa la verdadera voluntad de las partes al suscribir el mismo habría que sopesar si en el momento de la firma lo que las partes deseaban era mantener a toda costa una cuota del solar —para lo que existen otros negocios jurídicos *ad hoc*— o participar directamente en los riesgos que comporta el proceso edificatorio.

II.2.2.1.3.2. Tesis de RUDA GONZÁLEZ. El art. 13 RH como norma de conversión. Adquisición por accesión

Desmarcada de las posturas anteriores aparece la propuesta de RUDA GONZÁLEZ⁷¹² para quien la reforma del art. 13 RH no venía a determinar ningún sistema nuevo de transmisión de la propiedad⁷¹³. Este tratadista, atendiendo a lo que considera como consecuencia jurídica de la citada norma —la creación de una comunidad especial entre cedente y cesionario— así como que la misma no dice expresamente que se haya producido la transmisión de los pisos o locales futuros queridos por las partes, concluye que el primer párrafo del art. 13 RH no establecía ningún sistema de transmisión de la propiedad de la edificación futura.

⁷¹² RUDA GONZÁLEZ, Albert: “El contrato de cesión...”, págs. 1538 y ss.

⁷¹³ ARNAU MOYA Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., págs. 664 y 665, menciona la posición adoptada por RUDA GONZÁLEZ por considerar que mantiene una tesis distanciada y crítica de las teorías clásicas respecto a la transmisión del dominio en los contratos de cosa futura.

En realidad, según su criterio, lo que el reiterado precepto venía a regular era una «adquisición gradual de objetos actuales en transformación que son los pisos o locales futuros», explicada sobre la base de que entre cedente y cesionario existía una comunidad sobre el solar, de tal forma que la obra que se fuera ejecutando iría accediendo al suelo, siendo adquirida progresivamente por ambas partes. Una vez concluida la obra en cuestión se dividiría horizontalmente siguiendo las directrices del párrafo 2º del art. 13 RH, modificándose por conversión una inicial situación jurídica de comunidad en otra posterior pero sin que pueda hablarse en puridad de un nuevo sistema de transmisión de la propiedad.

RUDA GONZÁLEZ defiende que el precepto antedicho actúa como «norma de conversión» reconociendo al contrato unas consecuencias jurídicas diferentes de las pretendidas por los contratantes, amparándose en que es imposible la transmisión de la propiedad de una cosa futura al no poder ser objeto de un derecho real debido a su inmaterialidad⁷¹⁴.

Correlativamente —defiende—, de conformidad con el art. 1272 CC, si el objeto del contrato es imposible devendría nulo pero el art. 13.1 RH salvaba esa nulidad considerando que sobre la porción de suelo cedido se constituía una «comunidad especial».

Por consiguiente, la conclusión de RUDA GONZÁLEZ es que, en ningún momento y de manera expresa, el art. 13.1 RH contemplaba y permitía una transmisión actual de la propiedad. Según su opinión el precepto citado ni siquiera llegaba a prever que las piezas de edificación a entregar al cedente existiesen material o físicamente «ya que, propiamente, entonces habrían dejado de ser futuras —una cosa futura existente es una *contradictio in terminis*—. Lo único que preveía era que sobre el suelo cedido se

⁷¹⁴ Sobre estas consideraciones de RUDA GONZÁLEZ se incidirá de nuevo al comentar la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001 que declaró la nulidad de los tres primeros párrafos del art. 13 RH. Este jurista en su trabajo: *La transmisión de la propiedad según la Ley 23/2001...*, ob. cit., pág. 8, recalca que el primer párrafo del art. 13 RH «partía de un supuesto de hecho en que las partes de un contrato querían un imposible (...). El imposible consiste en que el cedente transmita su suelo y el cesionario, a cambio y en el mismo acto, viviendas o locales “a construir”», es decir, inexistentes. Considera impropio igualmente los supuestos en los que se dice que el cedente «se reserva la propiedad de las viviendas o locales futuros», toda vez que por la misma razón de su inexistencia, no se puede hablar con propiedad de reserva de dominio. El fundamento de su argumento lo encuentra en el principio de que nadie puede transmitir lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*).

construyese una comunidad, el funcionamiento de la cual se regulaba en los párrafos posteriores también anulados».

Para RUDA GONZÁLEZ, lo que es verdaderamente importante —y es objeto de la llamada de atención de ARNAU MOYA⁷¹⁵— es determinar el momento a partir del cual el cedente podrá defenderse frente a los acreedores del vendedor, siendo irrelevante, desde su punto de vista, el momento efectivo en que se produce la transmisión de la propiedad, incluyendo asimismo el recurso de acudir a adelantar el *iter* transmisivo para que el cedente devenga propietario con antelación. Su alternativa se decanta por reforzar al cedente frente a los riesgos que planean sobre la correcta ejecución del contrato, incidiendo en el prototípico supuesto del embargo por acreedores del cesionario-constructor. Ello pasa por un examen detenido del art. 595.2 LEC⁷¹⁶ para investir de legitimación al cedente a los efectos de interponer con garantías un procedimiento de tercería de dominio.

II.2.3. Descripción de los pisos o locales de conformidad con la LPH y con fijación de la cuota correspondiente en los elementos comunes

El segundo de los requisitos exigidos por los partidarios de dotar a la escritura pública de permuta de suelo por edificación futura de eficacia jurídico-real es la completa descripción y determinación del objeto futuro.

⁷¹⁵ ARNAU MOYA Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., págs. 664 y 665, asevera que lo deseable es que el legislador hubiese contemplado la posibilidad de que ostentaran legitimación suficiente para interponer la tercería de dominio quienes posean un *ius ad rem*, en tanto en cuanto no exista cambio en la jurisprudencia mantenida por el TS, opinión que no deja de ser una invocación de *lege ferenda*. De esta forma, con respecto a la posición ofrecida por RUDA GONZÁLEZ, considerando que el *ius ad rem* se encuentra más cercano al derecho real que al derecho de crédito, entiende que no puede defenderse al ser opuesto al art. 595.2 LEC, el cual exige que una disposición legal sea la que determine los derechos —además del derecho de propiedad— que legitimen la interposición de una tercería de dominio.

⁷¹⁶ El tenor literal del art. 595. LEC es el que sigue, referido expresamente a la legitimación como tercerista, optando por transcribirlo en su totalidad para mejor comprensión del contexto:

1. Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo.

2. Podrán también interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado.

3. Con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista.

Se debe insistir que la redacción del art. 13.1 RH en cuanto a la descripción de los pisos o locales remite igualmente al texto ya analizado del art. 5 LPH —párrafos 1º y 2º— y del art. 8 LH —párrafos 4º y 5º—, relativos al título constitutivo del régimen de propiedad por pisos o locales y a la inscripción del mismo, además de volver a incidir sobre la importancia que al respecto atesora el principio de especialidad registral.

BADOSA COLL y DEL POZO CARRASCOSA⁷¹⁷, continuando con la idea de ficción contenida en el art. 13 RH respecto a la atribución de materialidad al objeto futuro, entienden que la descripción que se requiere en la nueva normativa es la relativa a la creación de ese objeto jurídico, extremo que se traduce en establecer una nueva eficacia al régimen de propiedad horizontal que no se prevé ni en el CC ni en la LPH.

ARNÁIZ EGUREN⁷¹⁸ considera que la descripción de los pisos o locales exigida en el art. 13 RH ha de entenderse referida exclusivamente a la parte de edificación que configura la contraprestación del cedente como consecuencia lógica anudada al intento de garantizar su titularidad sobre tales piezas de la obra. Puede observarse que el aserto del referido jurista tiene como fundamento incidir en que el propio RH es una norma de contenido estrictamente registral y de ahí que pueda escindirse a la hora de describir con el detalle exigido legalmente la futura edificación que se entregará en su día al primitivo dueño del suelo.

II.2.4. Constancia registral de la «especial comunidad» constituida por cedente y cesionario

La expresión *comunidad especial* fue igualmente recogida en el art. 13.1 RH como herencia de la RDGRN de 16 de mayo de 1996⁷¹⁹, englobando en la misma la

⁷¹⁷ BADOSA COLL, Ferrán y Pedro DEL POZO CARRASCOSA: ob. cit., págs. 23 y 24.

⁷¹⁸ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., pág. 698. De la misma opinión es PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 183, basándose en el autor antes citado, aludiendo a que lo único que interesa a los efectos de inscripción y protección del derecho del cedente es que el objeto de tal derecho quede perfectamente determinado.

⁷¹⁹ Recuérdese que el Fundamento Jurídico Tercero de la citada Resolución establece que: 3.- *Corresponde analizar ahora si las especiales características del derecho adquirido por una de las partes permutantes pueden alterar las anteriores*

decisión que, de común acuerdo, beneficiándose del recorrido que otorga la autonomía de la voluntad, libremente y *motu proprio* adoptan cedente y cesionario de constituirse en la antedicha situación jurídica, con la particularidad de que en dicho concreto momento el objeto del contrato no existe⁷²⁰. El legislador diseñó esta figura con la mente puesta en proteger al cedente ante la incierta y débil situación en la que se encontraba hasta que recibía la edificación pactada. En este sentido, en la antedicha Resolución se advertía la diferencia de la «comunidad especial» creada en el supuesto que resuelve con la ordinaria del CC, estando ante una «comunidad con su propia normativa rectora», es decir, con el amplio espectro y libertad de pactos que concede la autonomía de la voluntad de las partes⁷²¹.

La doctrina científica se divide⁷²² en cuanto a la interpretación que quiso dar el legislador a este concepto y, a grandes rasgos, se observa la existencia de dos posiciones contradictorias. Por un lado, los autores que consideran que se está ante una comunidad sobre el solar y, por otro, la de aquellos que entienden que la comunidad se conforma sobre el futuro edificio.

II.2.4.1. Comunidad sobre el solar

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

⁷²⁰ Argumento también sostenido por LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: “El derecho del cedente...”, ob. cit., pág. 704.

⁷²¹ Cabe decir que la doctrina científica ha sido siempre consciente de la existencia de una «comunidad especial» en las situaciones de propiedad horizontal, según puede comprobarse en MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: “La propiedad horizontal como colectividad organizada”, en *ADC*, 1972, fascículo III, pág. 855, quien en todo caso advierte que no debe despreciarse el elemento propiamente comunitario para que el fenómeno de la propiedad horizontal pueda explicarse desde el punto de vista lógico.

⁷²² ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones...”, ob. cit., pág. 228. Para esta autora una de las principales cuestiones debatidas en la doctrina es la calificación de la naturaleza y la determinación del régimen jurídico de la «especial comunidad» constituida ya que no existe ni identidad de objeto ni participación cualitativamente idéntica de los «comuneros».

La explicación fundamental que esgrimen los partidarios de esta consideración es la realidad física del solar frente a la futuridad de los departamentos resultantes en el edificio a construir para dar explicación al hecho de que la comunidad que surge entre cedente y cesionario recae únicamente sobre el antedicho solar. De principio, y por pura inercia, el carácter tangible del suelo motiva que esta opción, ideada sobre el concepto de la cotitularidad de cedente y cesionario sobre el solar, pudiera entenderse como óptima.

Esta consideración es la que se desprende del análisis de la RDGRN de 16 de mayo de 1996⁷²³ pues, según la misma, esta comunidad significa «de presente», la participación de cada una de las partes en el solar en el mismo porcentaje que se asigne a los departamentos aunque éstos se entiendan transmitidos *ab initio*. Una vez que el edificio se haya terminado, se aplicarán las normas de la propiedad horizontal, traduciéndose la cuota inicial en la propiedad separada de los pisos o locales de que se trate. En otras palabras, los departamentos futuros se van adquiriendo progresivamente por accesión.

Entre los autores que sostienen esta posición está ESPEJO LERDO DE TEJADA⁷²⁴, para quien, atendiendo a lo expuesto anteriormente, la situación que emerge del contrato es una comunidad especial entre cedente y cesionario, debido a que el contrato de cesión del solar, seguido de la entrega del mismo, supone, como máximo, la aparición de una comunidad sobre el solar en la que participan ambas partes. De ahí que, basándose en el sistema causalista de transmisión de los derechos reales que inspira el ordenamiento jurídico español, no resulta factible que la fase contractual de la construcción genere unos efectos reales para el constructor más extensos que los propios de la fase definitiva. La consecuencia derivada de lo anterior es la adquisición gradual de la futura edificación por accesión.

⁷²³ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 185, sostiene que, impregnado el reformado art. 13 RH de las consideraciones de la DGRN en su Resolución de 16 de mayo de 1996, su interpretación ha generado problemas por evidenciarse dos concepciones «hasta cierto punto contradictorias o excluyentes entre sí». En efecto, casa mal el acoger la tesis de la eficacia traditoria inmediata de la escritura de permuta con la expresión «comunidad especial» toda vez que puede subyacer en su explicación las ideas de cotitularidad entre cedente y cesionario y de adquisición por accesión.

⁷²⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., págs. 67 a 69.

Asimismo, para RODRÍGUEZ GUTIÁN⁷²⁵ la comunidad especial de la que hablaba el art. 13 RH sólo era factible como copropiedad sobre el solar por ser éste el único elemento material existente en el momento de contratar.

En el mismo sentido ELIZALDE AYMERICH y LÓPEZ FERNÁNDEZ⁷²⁶, quienes, además de poner en duda el hecho de que una comunidad pueda establecerse por vía de Reglamento, critican que no se diga en el precepto cuál es el objeto de la comunidad, suponiendo que la misma ha de ser sobre el solar.

II.2.4.1.1. Objeciones

Los autores que se inclinan por la opción contraria, esto es, los partidarios de considerar que la comunidad se produce sobre el edificio, oponen a esta primera corriente su falta de operatividad⁷²⁷ en el bien entendido de que para cualquier gestión o trámite que se deba llevar a efecto sobre el solar ha de concurrir tanto cedente como cesionario, especialmente, para formalizar la operación más habitual a fin de conseguir la financiación necesaria para llevar a cabo las obras de construcción: hipotecar el solar.

Así las cosas, y aunque algún autor lo niegue⁷²⁸, en el imaginario del constructor no estará el tener que gozar de la aquiescencia del cedente para cada uno de los obstáculos que tenga que vadear a lo largo del proceso de construcción; antes al contrario, lo habitual y generalizado, como ya se ha expuesto, es la exigencia de la transmisión completa del solar o —dentro de las opciones contempladas para que el propietario del suelo conserve la propiedad del mismo durante las obras— la concesión de un poder irrevocable.

⁷²⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M^a: “Conflicto entre el permutante...”, ob. cit., pág. 6.

⁷²⁶ ELIZALDE AYMERICH, Pedro de y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ: ob. cit., pág. 1948.

⁷²⁷ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 187, alude al hecho de que se está ante el mismo problema que con la reserva de dominio por parte del cedente, demonizada por las entidades financieras al igual que la condición resolutoria, excepto que se posponga el rango a favor de la hipoteca.

⁷²⁸ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., págs. 63 y 64, en contra de la opinión del resto de la doctrina, no comparte que el constructor exija la adquisición del solar desde el primer momento como imperativo para obtener financiación de la obra constituyendo una hipoteca sobre el suelo. Literalmente considera este argumento como «inconcluyente y débil», sorprendiéndose de que esta excusa haya perdurado durante bastante tiempo.

El segundo gran problema que se origina es la participación directa del cedente —aun no siendo constructor— en los riesgos⁷²⁹ inherentes al proceso edificatorio por su mantenimiento como copropietario del solar y, por ende, su consideración como promotor de las obras⁷³⁰. Con este escenario el anterior dueño del suelo puede verse obligado a bregar judicialmente en varios frentes ya que no sólo queda afectado por los defectos de construcción frente a los terceros adquirentes en cuanto agente de la edificación por la responsabilidad de carácter especial que imprime la LOE⁷³¹; además, debería defenderse y, en su caso, responder, ante cualquier responsabilidad contractual derivada de un incumplimiento esencial o de un cumplimiento defectuoso del contrato respecto al otro contratante de conformidad con los arts. 1101 y 1124 CC o, viceversa, estaría legitimado activamente para reclamar al contratista de la obra en base a los mismos preceptos por una ejecución imperfecta o por una obra no finalizada, en virtud del contrato de arrendamiento de obra suscrito. Por último, la posición del cedente es igualmente vulnerable en todos aquellos supuestos de responsabilidad civil extracontractual que quedan amparados en el art. 1907 CC⁷³².

⁷²⁹ Respaldan esta afirmación PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 188 y NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 85.

⁷³⁰ Recientemente, la STS (Sala 1^a en Pleno), de 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2256), ha fijado doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria y el régimen de responsabilidad derivado de los arts. 17 LOE, 1137 y 1974 CC, recogiendo su Fundamento Jurídico Segundo que: *La responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso por vicios y defectos de la construcción STS 17 de mayo de 2007 es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, o lo que es igual, determinada en función de la distinta actividad de cada uno de los agentes en el resultado final de la obra, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen en el mismo. [...] En definitiva, se podrá sostener que la solidaridad ya no puede calificarse en estos casos de impropia puesto que con la Ley de Ordenación de la Edificación no tiene su origen en la sentencia, como decía la jurisprudencia, sino en la Ley. Lo que no es cuestionable es que se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 del Código Civil (“cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida por esta Sala en la sentencia de 14 de marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo el promotor que responde solidariamente con todos ellos “en todo caso” (artículo 17.3) aún cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007; 13 de marzo de 2008; 19 de julio de 2010; 11 de abril de 2012)”.*

⁷³¹ Señalar que antes de la entrada en vigor de la LOE regía sin discusión el art. 1591 CC. Una vez superada la *vacatio legis* de seis meses contenida en la Disposición Transitoria Primera del referido texto legal, a partir del 6 de mayo de 2000, el precepto del CC resolvería los supuestos de obras para cuyo proyecto se hubiera solicitado licencia de obras con antelación a dicha fecha y, según el criterio de esta investigación, alcanza exclusivamente a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LOE, los cuales ciertamente son escasos. Al no ser objeto de este trabajo se obvia profundizar acerca de las posturas doctrinales sobre si la entrada en vigor de la LOE supuso una derogación tácita o no del art. 1591 CC apuntando exclusivamente que fue motivo de un suculento debate doctrinal.

⁷³² El art. 1907 CC reza: *El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.*

No se admite que ésta fuera la intención del legislador pues, como se ha contemplado al examinar la Exposición de Motivos del RD 1867/1998, la nueva redacción del art. 13 RH pretendía proteger la paupérrima posición del cedente del solar hasta que se produce la entrega de los departamentos convenidos por parte del cesionario-constructor, objetivo paternalista que no consideró de suficiente entidad la Sala 3ª del TS en la sentencia de 31 de enero de 2001 para modificar la teoría del título y el modo, al sostener que el ordenamiento jurídico español contiene otras garantías reales a las que acudir con idéntico resultado.

En la doctrina patria existen muestras de una postura negativa y otra positiva con respecto a la responsabilidad por vicios constructivos imputable al cedente que continúa siendo propietario de una cuota del solar.

Por un lado, los autores que estiman que no debe responder el cedente del solar como promotor, aun «indirecto», de las patologías que puedan surgir en las obras de edificación apoyan su tesis en la imposibilidad de trasladar miméticamente al mismo la figura de «promotor», tal cual fue concebida por la jurisprudencia que ha interpretado el art. 1591 CC⁷³³ y mucho menos desde la entrada en vigor de la LOE, al establecer su art. 9.1 que será considerado promotor: *cualquier persona, física o jurídica, pública o*

⁷³³ Como señala CADARSO PALAU: Juan, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 241 a 243, la STS (Sala 1ª) de 11 de octubre de 1974 (RJ 1974, 3798. Ponente: Excmo. Sr.: Vicente Gimeno Fernández) es la primera resolución del Alto Tribunal que afronta la problemática de la responsabilidad decenal del promotor. En este caso, apreciando que el promotor era una figura que no fue utilizada en la redacción original del CC por su desconocimiento en dicha fecha, el carácter de propietario del terreno, constructor, propietario de lo edificado en propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, no le puede exonerar de su responsabilidad de los defectos de la obra. Otro claro exponente de la doctrina jurisprudencial citada es la STS (Sala 1ª) de 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7266) cuyo Fundamento Jurídico Segundo es sumamente explícito y expresivo de la evolución jurisprudencial en torno a la figura del promotor inmobiliario, exonerando únicamente de responsabilidad al denominado «promotor-mediador» por su ausencia de ánimo de lucro. Dentro del referido Fundamento jurídico el Alto Tribunal se expresa así: *La doctrina de esta Sala fue desde un principio unánime y pacífica, equiparando la figura del promotor con la del contratista, a efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal establecida en el art. 1591 CC; y las razones que motivaron este criterio fueron las siguientes: a) que la obra se realiza en su beneficio; b) que se encamina al tráfico de la venta a terceros; c) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; d) que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos, y e) que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción. Ese criterio equitativo aparece reflejado en numerosas sentencias, cuales las de 9-3-1988 (RJ 1988, 1609), 19-12-1989 (RJ 1989, 8843) y 8-10-1990 (RJ 1990, 7585), sentencias que han creado un cuerpo de doctrina uniforme y constante, perfectamente incardinable en los arts. 1.6 CC y 1692.5 LECiv. Incluso en algún supuesto (S. 13-7-1987 (RJ 1987,5461) esta Sala ha dicho que la responsabilidad de la entidad promotora viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicados en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el art. 1591 CC sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponden". Esta absoluta equiparación sólo quiebra en aquellos supuestos de la existencia de la figura que hemos llamado promotor-mediador, en la que la ausencia de intención lucrativa en su mediación, lo aparta del concepto general de la figura que estudiamos del promotor-constructor, sustrayéndolo del ámbito de aplicación del art. 1591 CC....* También hace referencia a la STS (Sala 1ª) de 11 de octubre de 1974 CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: "La configuración jurisprudencial del promotor como garante", en *ADC*, 1978, fascículo II, pág. 227; en "La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", en *ADC*, 2000, fascículo II, págs. 405 y ss. y en "La responsabilidad del promotor...", ob. cit., pág. 907.

privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título. Con esta definición quedaría englobado dentro del concepto de promotor todo aquél que decide sobre los aspectos esenciales de la construcción a ejecutar, por lo que la conclusión es que la posición que ocupa el cedente en este supuesto está muy alejada del *status* legal.

Para ESPEJO LERDO DE TEJADA⁷³⁴, bajo la óptica de oponerse a una completa transmisión al cesionario del solar *ab initio*, estima que no es razón suficiente para no acoger su teoría que el cedente pueda ser considerado responsable frente a terceros de los daños en el inmueble —o también por el hecho de que la titularidad única facilita al constructor la gestión administrativa de la edificación—. Postula que el cedente no estaría dentro del ámbito de actuación que configura el art. 9 LOE para el promotor inmobiliario ya que el criterio de imputación se centra en la tarea que se desempeña y el hecho de que el cedente no decida, impulse, programe o financie las obras de edificación es suficiente para eximirle de responsabilidad.

La vertiente positiva aparece en el criterio sostenido por el propio TS tomando en consideración cuando los dueños del solar cooperan con el constructor en el levantamiento del edificio, distribuyéndose las piezas que conforman el mismo⁷³⁵.

No obstante, es cierto que hay más dificultades para definir la actuación del cedente en la tesis positiva respecto a su imputación de responsabilidad y habrá de ser el análisis de cada caso en particular el que dé la medida exacta de la aproximación o no a la figura del promotor inmobiliario. Un caso muy elocuente lo configuran los supuestos de promotores encubiertos, los cuales, formalmente no constan frente a terceros con la

⁷³⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., págs. 65 y 66. En la misma postura negativa se enmarca ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa: ob. cit., pág. 25, cronológicamente anterior a la entrada en vigor de la LOE, considerando que en el caso prototípico de cesión de solar al constructor, el cedente quedaría exento de responsabilidad como promotor o constructor. Si se hubiera articulado el contrato bajo cualquier forma societaria, aportando el cedente el solar a la misma, habría que acudir al análisis de los pactos introducidos por las partes en el contrato aunque el supuesto normal es que responda la propia sociedad. Por último, en el caso de que el cedente recibiera un porcentaje sobre las ventas de las piezas futuras, con carácter general debe entenderse que tampoco responde, so pena de otra constancia expresa de carácter contractual, computándose como coste de la obra para el cesionario que será el vendedor directo de los departamentos.

⁷³⁵ Supuesto de la STS (Sala 1^a) de 3 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1417).

condición de promotor en sentido estricto pero que, *de facto*, son los auténticos impulsores de la edificación⁷³⁶.

La reflexión que resulta imperativo realizar al hilo de lo anteriormente expuesto sobre los defectos es que, sea como fuere, la figura del cedente como cuota-partícipe del solar está abocada a comparecer en los pleitos que insten los futuros adquirentes ante la aparición de vicios constructivos, formando parte de los agentes codemandados por una simple razón: a priori, el actor-perjudicado no puede determinar con exactitud quién es el agente causante de los daños sufridos, ni en qué porcentaje puede imputar y exigir responsabilidad a cada interviniente. En buena lógica, la parte demandante siempre buscará asirse a cuantas más posibilidades tenga de asegurarse la reparación de los vicios que se presenten y, por ello, le favorece ampliar el abanico de objetivos sobre los que focalizar su reclamación. Como es sabido, la LOE, tras consagrar la responsabilidad personal e individualizada de los agentes constructivos, recogiendo el testigo de la jurisprudencia nacida en torno al art. 1591 CC, determina la solidaridad impropia, la que nace de la sentencia frente a todos los participantes en la edificación en los supuestos en que no pueda determinarse el porcentaje de responsabilidad de cada agente en el evento dañoso. Ahora bien, la suerte de la promotora es aún peor al exigírsele que responda solidariamente *en todo caso*, según los términos del art. 17.3 LOE; esto es, será blanco fácil de los terceros perjudicados por vicios constructivos y en la práctica se asiste a la interposición de demandas en las que, para evitar hipotéticas condenas en costas, se acciona única y exclusivamente contra el promotor inmobiliario y será éste quien decida, una vez demandado, si hace uso de la «llamada en garantía» consagrada en la Disposición Adicional Séptima de la LOE, provocando la intervención en el procedimiento de aquéllos otros agentes que pudieran haber sido los causantes de los daños.

⁷³⁶ GONZÁLEZ TAUSZ, Rafael: “La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley”, en *RCDI*, nº 717, enero-febrero 2010, págs. 95 a 99, habla de «promotor formal» y «promotor de hecho» para alertar sobre la frecuente realidad de la promoción encubierta, especialmente los supuestos de autopromoción en cooperativa o en comunidad, efectivamente impulsados por sociedades gestoras que aunque están «detrás» o «en la sombra» son los auténticos promotores. El apuntado autor canaliza la actuación de estas sociedades en los supuestos en los que los condueños carecen de suficiente solvencia económica para acometer por sí mismos la promoción, no poseen órganos de representación de suficiente calado y, por descontado, no son profesionales del mundo inmobiliario. Véase igualmente: HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores: “La nueva Ley de Ordenación de la Edificación, 38/1999, de 5 de noviembre, y su incidencia en el artículo 1591 del Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2001, págs. 369 y ss.

Lo cierto es que no favorece en nada la indubitada responsabilidad que pueda conectarse al cedente-condómino la vaguedad de los términos que emplea el art. 9.1 LOE en cuanto a las específicas acciones de «impulsar» o «programar» la promoción de que se trate. Menos equívocos proporciona el hecho de «decidir» los aspectos atinentes al proceso constructivo pues implica un elemento volitivo irrefragable y una directa participación en los extremos inherentes al promotor; y, por supuesto, el fenómeno que no alberga duda alguna es la «financiación» para imputar responsabilidades al primigenio dueño del solar, con las reservas que puedan hacerse respecto a cada supuesto en concreto en cuanto a la concurrencia de ambos condueños para constituir hipoteca sobre el solar en garantía del préstamo que sirva para financiar la edificación.

II.2.4.2. Comunidad sobre el edificio futuro

Otra posibilidad es considerar que la «comunidad especial» se conforma sobre la edificación futura. Desde un punto de vista práctico, será la opción que más interese al constructor-cesionario al disponer sin trabas del solar en su totalidad y manejar sin intercesión de la otra parte las preceptivas formalidades administrativas. Ejemplo diáfano de lo anterior es el supuesto de la constitución de hipoteca sobre el suelo para financiar la construcción sin necesidad de que el cedente concurra al otorgamiento de la escritura pública en la que se constituya esta garantía.

Para PLANA ARNALDOS⁷³⁷ la comunidad que se proyecta sobre el edificio futuro es similar a la situación de propiedad horizontal, toda vez que los problemas son los mismos que surgen en el contexto regulado por el art. 13 RH, recogiendo esa *comunidad especial* que no podría considerarse ni romana ni germánica, como modelos

⁷³⁷ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 191 a 200, entiende que los rasgos entre la comunidad del art. 13 RH y la propiedad horizontal son similares ya que no se puede entender que cedente y cesionario se conviertan en propietarios del edificio en su totalidad sino que la participación que ostenta el anterior propietario del suelo en la comunidad estará representada por la titularidad sobre los departamentos pactados como contraprestación y, por extensión, la imprescindible participación en los elementos comunes. El considerar la existencia de comunidad sobre un edificio futuro, es decir, sin existencia física del mismo no es una situación desconocida, admitiéndose su virtualidad legal por el art. 8.4 LH en cuanto se admite la inscripción de la construcción cuando esté «por lo menos comenzada».

históricos típicos de comunidad. De suyo, la propiedad horizontal es calificada tanto por su propia normativa⁷³⁸ como doctrinalmente como «comunidad especial».

Ahora bien, el supuesto que regulaba el art. 13 RH no puede trasladarse por completo a una situación de propiedad horizontal debido a que, como es sabido, para el nacimiento de la misma es preciso el otorgamiento del título constitutivo, mientras que en el caso del art. 13 RH la comunidad se originaba en un estadio anterior, esto es, al perfeccionarse el contrato de permuta de suelo por obra futura en escritura pública. Es de significar que, frente a la prehorizontalidad y a la propiedad horizontal en las que el fin de las partes es la comunidad en sí misma considerada, en la «comunidad especial» del referido precepto la situación entre cedente y cesionario es algo «incidental» provocado por la naturaleza de las circunstancias y no buscado de forma voluntaria por los contratantes.

II.2.4.3. Posturas intermedias

Como postura intermedia puede entenderse la mantenida por ALONSO PÉREZ⁷³⁹, para quien, la intención del legislador no parece que fuera la de que la comunidad fuera sobre el solar —pues se estaría ante una cesión de cuota de suelo por edificación futura— al transmitirse en su totalidad al cesionario. Pero tampoco cabe entender que la comunidad sea sobre el edificio futuro pues cada uso será atribuido privativamente a quien corresponda, siendo la única comunidad posible la que puede constituirse sobre los elementos futuros. Prosigue significando las bondades de denominar a la comunidad como «especial» porque es difícil imaginar la transmisión de pisos futuros; y ello porque, aun no siendo conforme a Derecho, se atribuían dos titularidades jurídico-reales que podrían recaer en una misma finca, es decir, se da la confluencia de dos derechos de propiedad. Concluye que el art. 13 RH pretendía una separación desde el primer momento y de ahí la utilización del vocablo: «especial», poniendo de relieve que este

⁷³⁸ El párrafo 1º del art. 1 LPH, tras la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril quedó redactado como sigue: *La presente Ley tiene por objeto la regulación de la forma especial de propiedad establecida en el artículo 396 del Código Civil, que se denomina propiedad horizontal.*

⁷³⁹ ALONSO PÉREZ, M^a Teresa: “Una alternativa al contrato...”, ob. cit., pág., 1034, sostiene asimismo que podía entreverse en el art. 13 RH una referencia a los derechos de sobre y subedificación regulados en el art. 16.2 RH, toda vez que el RD 1867/1998 fijaba en ambos casos un plazo de edificación de diez años. Sin embargo, esta coincidencia decayó con posterioridad ya que la STS (Sala 3ª) de 22 de febrero de 2000, anuló con respecto a los derechos de sobre y subedificación la obligación de reflejar en la inscripción registral el plazo de diez años.

supuesto no puede concebirse como una comunidad *stricto sensu*. Por consiguiente, la posibilidad de la transmisión de los pisos antes de su existencia sería una situación «especial», caracterizada por concurrir dos derechos de propiedad sobre distintas partes de una finca sin ningún elemento común. Como apoyo para ello acude al hecho de que el cesionario podía otorgar por sí solo la escritura de constitución de la propiedad horizontal, apareciendo una disociación del dominio que contravenía los arts. 350 y 358 CC.

Esto concuerda con lo expuesto anteriormente al hablar del *ius ad rem* y la consideración de ARNÁIZ EGUREN⁷⁴⁰ con respecto a la especial comunidad generada entre cedente y cesionario, atribuyendo al primero una «titularidad de pendencia» sobre la obra futura convenida y al segundo una «titularidad interina» sobre el solar. Su planteamiento estriba en el hecho considerar que el solar se cede íntegramente por el dueño del mismo y aunque el fenómeno de la accesión no haya comenzado a operar, postula como defendible una situación de pendencia en la que la cotitularidad se entiende como un escenario que ha de ser protegible de manera inmediata, aunque su objeto todavía esté pendiente del cumplimiento de una condición: la constitución de la propiedad horizontal convertida entonces en *conditio iuris*. Por consiguiente, las características de la «comunidad especial» en la que queda enmarcada esta situación ha de participar, precisa y necesariamente, de las características de aquella comunidad a la que tiende, es decir, a la propiedad horizontal, produciéndose su inscripción registral de tal forma que en el asiento quede constancia de que el dominio del solar se establece a favor del cesionario así como el nacimiento de la comunidad especial previa a la constitución de la propiedad horizontal. El título se centraría en una inscripción en la que quedaría recogida la descripción de los elementos que adquiere el cedente.

⁷⁴⁰ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “Urbanismo...”, ob. cit., págs. 105 a 107. El mismo autor en su trabajo: “Algunas consideraciones en torno al derecho de propiedad inmobiliaria”, en *RCDI*, nº 560, enero-febrero 1984, págs. 64 y 65, ya dejó sentado que la comunidad es una «necesidad exterior y anterior al propio derecho de dominio». Además, hace hincapié en el hecho de que la comunidad o condominio se caracteriza por la nota de la provisionalidad y de la imperfección jurídica, entendida ésta última como situación en la que no se ha resuelto claramente la armonización entre las facultades dominicales que se atribuyen a cada cotitular y de sus posibilidades de uso y disfrute o de posesión material respecto a la cosa común.

II.2.5. Importancia del plazo de diez años para construir reflejado en el precepto

La redacción del art. 13.1 RH por RD 1867/1998 introdujo como requisito ineludible la necesidad de que las partes hicieran constar en la escritura pública de permuta por obra futura un plazo para realizar la edificación que no podía exceder de diez años. La taxatividad de que se recogiera tal mención obedecía igualmente a la necesidad de otorgar protección al cedente del terreno, en este caso relativa a acotar temporalmente los plazos de ejecución de la obra.

PLANA ARNALDOS⁷⁴¹ defiende que el legislador realmente parecía estar pensando en la comunidad ordinaria, argumento reforzado por la obligatoriedad de fijar un plazo para construir que no excediese de diez años, idéntico al contemplado en el art. 400.2 CC, relativo al pacto de indivisión de la cosa común. Entiende la citada tratadista que en este caso se protegía al dueño del solar frente a la no construcción de la edificación, fijándose un plazo máximo para su conclusión, cuyo incumplimiento operaría como causa de resolución del negocio jurídico entablado. Ahora bien, si en el contrato no se fijaba plazo o se contemplaba uno superior a los diez años, habría que entender que se deseaba una permuta tradicional cuyo efecto era la imposibilidad del acceso al Registro de la Propiedad del cedente como propietario de unos pisos futuros determinados con carácter previo.

II.3. Obra nueva, división horizontal y entrega de la edificación futura. Párrafo segundo del art. 13 RH

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

⁷⁴¹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar...”, ob. cit., pág., 2116 manifiesta que esta articulación del plazo de diez años para proteger al cedente ante la no terminación del edificio «no aporta mucho» confrontado con el recurso más utilizado en la práctica en el caso de permutas obligacionales: la condición resolutoria expresa.

Se seguirá idéntica sistemática que en el relación con el párrafo 1º del art. 13 RH, subdividiendo este apartado para un mejor análisis en los aspectos más relevantes del mismo.

II.3.1. Posibilidad de que el cesionario otorgue unilateralmente las escrituras de obra nueva y división horizontal

Esta previsión respondía a la necesidad detectada de dar solución a la transmisión de la cuota correspondiente de suelo aunque se entendiera transmitida *ab initio* al cedente la obra futura estipulada. De ahí que con el otorgamiento de la escritura de obra nueva y propiedad horizontal por parte del constructor —actuando en solitario, si así se pactaba por las partes— quedaba solventada la problemática tanto respecto a los elementos independientes (que son a los que se refiere literalmente el precepto) como a los elementos comunes.

En base a lo anteriormente expuesto, ARNÁIZ EGUREN⁷⁴² justifica su tesis acerca de que el cesionario ostenta una «titularidad interina». Si el precepto no hubiera concedido legitimación exclusiva al constructor para otorgar tales instrumentos públicos —salvo pacto expreso en contra— carecería de sentido la comunidad que articulaba el nuevo art. 13 RH.

Sin embargo, existen voces discordantes como ECHEVERRÍA SUMMERS⁷⁴³ para quien la habilitación que se hacía al cesionario debía operar restringidamente para no colocar en situación de inferioridad al cedente. Este autor era partidario de que el consentimiento fuese prestado por ambas partes sobre la base de que cualquiera que fuese la modalidad a través de la cual se instrumentalizase el contrato, debería asimilarse al término *inicio de las ventas* que se utiliza en el art. 5 LPH para determinar el momento a partir del cual el propietario único perdía legitimación para actuar de manera unilateral.

⁷⁴² ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “Urbanismo...”, ob. cit., pág. 108.

⁷⁴³ ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco Manuel: ob. cit., pág. 118.

Para RUDA GONZÁLEZ⁷⁴⁴ la autorización reglamentaria para la participación en solitario del cesionario en el otorgamiento de las apuntadas escrituras obedece a la mención de la *comunidad especial* que se hace en el párrafo 1º pues, de no haberse recogido esta previsión, ambas partes debían concurrir a dividir horizontalmente el edificio. En la misma línea ALONSO PÉREZ⁷⁴⁵ considera que de esta forma se confirma el hecho de que el precepto no contemplaba una auténtica situación de comunidad sino que se estaba ante un recurso para designar la especial situación en la que quedaba la finca toda vez que, de haberse tratado de una verdadera comunidad, taxativamente deberían haber concurrido al otorgamiento cedente y cesionario.

Ciertamente no están exentos de razón los referidos autores y ello porque, en efecto, la figura de la «comunidad especial» no dejaba de ser precisamente eso: especial. Si, por contra, se estuviera ante una comunidad ordinaria no cabe duda de la necesidad de concurrencia de ambos contratantes para otorgar las escrituras de obra nueva y división horizontal. En cambio, la autorización que el precepto hacía para que el cesionario-constructor acudiera al notario sin contar con el cedente —salvo pacto en contra— para firmar las referidas escrituras daba lugar a variadas interpretaciones.

Por un lado, si en el título de cesión se acordaba la «transmisión actual» para el cedente de los elementos de obra futura, con la obligación del cesionario de describir de manera idéntica tales fincas en la posterior escritura de obra nueva y división horizontal, pudiera considerarse que se trataba de la concesión de una facultad innecesaria, excepción hecha de que lo que se quisiera es facilitar al cesionario, como contratante que ha de poner los medios materiales y humanos para levantar la edificación, toda la labor que conlleva cumplir plenamente con su prestación.

No obstante lo anterior, con todo sentido y siguiendo a PLANA ARNALDOS⁷⁴⁶, la práctica contractual enseña que en la mayor parte de los contratos celebrados —tanto de cesión de solar por obra futura como de compraventa de pisos sobre plano— se contiene

⁷⁴⁴ RUDA GONZÁLEZ, Albert: “El contrato de cesión...”, ob. cit., pág. 1538.

⁷⁴⁵ ALONSO PÉREZ, Mª Teresa: “Una alternativa al contrato...”, ob. cit., pág. 1041.

⁷⁴⁶ PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 185.

una cláusula de autorización expresa al constructor para que ejecute unilateralmente dicho otorgamiento.

Por otro lado, si se acoge la corriente que determina que el cedente únicamente posee un derecho de crédito frente al cesionario, se despeja toda duda ya que siendo éste el nuevo propietario del solar sobre el que se asentará la edificación, estará plenamente facultado para otorgar por sí mismo las escrituras de obra nueva y división horizontal.

II.3.2. Innecesariedad de formalizar acta notarial de entrega una vez inscrita la escritura de propiedad horizontal

En íntima conexión con el punto anterior y como cuestión obvia⁷⁴⁷, se relevaba a las partes de la obligación de formalizar acta notarial de entrega de la prestación pactada cuando ya ha tenido acceso al Registro de la Propiedad la escritura de propiedad horizontal. Para este estudio se trata de una obviedad o de una deducción tácita toda vez que, en caso contrario, se hubiera venido abajo la nueva articulación y el significado buscado y querido de la «transmisión actual» al cedente de la edificación futura convenida.

En todo caso, se considera que en aras de dar mayor rotundidad al objeto de la reforma no estaba de más la constatación expresa en el texto del reformado art. 13 RH de que el modo traditivo, preceptivo en el vigente sistema de transmisión de la propiedad, no se verificaría a partir de su entrada en vigor mediante el habitual acta notarial de entrega al cedente de las piezas de edificación pactadas sino que se consideraba realizada la adquisición del dominio al operar la tradición instrumental desde la suscripción de la escritura pública de permuta de suelo por obra futura.

⁷⁴⁷ JIMÉNEZ CLAR, Antonio: ob. cit., págs. 15 y 16, destaca que «la innecesariedad de acta notarial de entrega que declara el citado precepto se refiere a que la *traditio* y por tanto la transmisión del dominio se realiza mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de cesión de suelo a cambio de obra».

En cualquier caso, como señala NÚÑEZ MUÑIZ⁷⁴⁸, ello no era óbice para que se tuviera que presentar al Registro el acta correspondiente para evitar que se produjera la cancelación por caducidad del asiento existente a favor del cedente y todo ello sin olvidar que la norma del RD 1867/1998 —la RDGRN de 16 de mayo de 1996— venía a entender que la tradición se producía con la propia escritura de permuta —esto es, *ab initio*— aunque las partes hubieran contemplado en el contrato que se formalizaría el acta notarial de entrega una vez finalizada la construcción.

II.4. Prohibición de disponer. Párrafo tercero del art. 13 RH

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

Considerado aisladamente el párrafo 3º del art. 13 RH y leído a modo de estipulación contractual, situaba sin ambages ante una prohibición de disponer, institución que, como es sabido, significa la privación de la libertad de disposición que recae sobre el titular de un derecho real. Asimismo, con base en la autonomía de la voluntad, el constructor podía enajenar o gravar los elementos independientes del cedente si así se había pactado.

Al igual que en el caso anterior, pese a la mención expresa en el texto reglamentario, lo cierto es que sobraba la misma⁷⁴⁹ si atendemos a la tesis de la transmisión actual; si el cedente era desde la firma del contrato el propietario de la edificación futura determinada, dichas fincas ya eran para el cesionario cosa ajena y toda intervención sobre las mismas sin el beneplácito del cedente quedaba proscrita⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ NÚÑEZ MUÑIZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 53.

⁷⁴⁹ BADOSA COLL, Ferrán y Pedro DEL POZO CARRASCOSA: ob. cit., pág. 25, estiman que el art. 13.3 RH parte de una «paradoja»: la posibilidad de transmisión actual de pisos o locales a construir, por lo que, dicha contraposición resulta de la admisión por parte del art. 13.1 RH de la adquisición de la propiedad de inmuebles inexistentes.

⁷⁵⁰ NÚÑEZ MUÑIZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 63.

Sin embargo, la inclusión de esta expresión se considera que opera como una legitimación más al anterior dueño del suelo en caso de verse obligado a interponer una tercería de dominio aunque del modo y manera que había quedado configurada la transmisión de los elementos, todo tercero que adquiriera del cesionario jamás alcanzaría la consideración de tercero hipotecario por ser manifiesta su mala fe, estando ante un caso paradigmático de adquisición a *non domino*; incluso, el Registrador no podría practicar la inscripción por constar en la escritura de permuta los concretos elementos que pertenecían *ab initio* al cedente.

Debido a lo anterior RUDA GONZÁLEZ⁷⁵¹ considera confirmada su tesis acerca de que el anulado art. 13 RH no establecía transmisión alguna sobre la obra futura. Para este tratadista lo que aparecía en este supuesto era una prohibición de disponer para el cesionario que sólo adquiriría sentido si tales elementos no pertenecían todavía al cedente.

A la vista de lo anterior, la alusión expresa en el texto de la necesidad de consentimiento del cedente para enajenar o gravar los pisos o locales que, según el precepto, ya se le habían transmitido directamente, puede decirse que era un ataque a la línea de flotación de esta concepción. Este mecanismo, lejos de dar un plus de protección a la situación del cedente con respecto a las piezas de obra que ya le correspondían, lo que hacía era debilitarle en grado sumo pues al poder desprenderse que se estaba en presencia de una comunidad sobre tales elementos —ya ordinaria, ya especial— resultaba evidente que se podía facultar al cesionario para enajenar o gravar la edificación y de ahí la concesión del veto al cedente.

En efecto, sólo el silencio al respecto hubiera protegido al dueño del solar en su directa adquisición al gozar el ordenamiento jurídico de instituciones que se acoplan perfectamente a lo que habría sucedido en el hipotético caso de que el cesionario hubiera gravado o enajenado los pisos o locales del cedente, empezando por el recurso a la venta de cosa ajena hasta llegar a actuaciones que pudieran revestir tintes penales.

⁷⁵¹ RUDA GONZÁLEZ, Albert: “El contrato de cesión...”, ob. cit., pág. 1538.

Una explicación más plausible encajaría con la posición de ARNÁIZ EGUREN⁷⁵² respecto al reconocimiento para el cedente de una «titularidad de pendencia» hasta que el constructor le hacía entrega de la edificación, considerando que este último ostentaba una «titularidad interina» sobre la obra a entregar al anterior dueño del solar. Este jurista considera que la redacción reglamentaria no era demasiado clara pues si la prohibición de disponer se refería a los departamentos a recibir por el cedente, el texto carecería de lógica debido a que, antes del otorgamiento de la escritura pública de división horizontal carecen de existencia registral y una vez efectuado dicho otorgamiento ya constan inscritos a favor de persona distinta del constructor-cesionario, de tal forma que éste no podría disponer de ellos por aplicación del principio del tracto. La verdadera razón de ser de esta prohibición se asentaba en la indisponibilidad que habría de pesar sobre la cuota del cedente sobre el solar con objeto de proteger su «titularidad preventiva» y de que no se produjeran enajenaciones del cesionario basadas en su titularidad sobre la totalidad del solar.

Ahora bien, un pensamiento pausado de este escenario lleva a concluir que se desemboca en la tierra de nadie que define al *ius ad rem*, como un *sí pero no*, sumando algo más al derecho de crédito que el cedente posee frente al cesionario pero sin concretarse en un derecho real sobre la futura edificación.

III. REDACCIÓN VIGENTE DEL ART. 13 RH

Tras todo lo anterior y por los motivos que se analizarán, el TS declaró la nulidad del tenor literal del art. 13 RH, a excepción de los párrafos 4º y 5º que siguen en vigor con una redacción que se revela inconexa⁷⁵³ e irrelevante tras la anulación del

⁷⁵² ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “Urbanismo...”, ob. cit., págs. 109 y 110.

⁷⁵³ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., pág. 702, para quien la regulación vigente del precepto carece absolutamente de sistemática. De hecho, advierte que sin conocer el precedente es imposible determinar «el régimen previsto en este artículo». PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 207, añade que la vigencia de la norma resulta inútil al haberse anulado los tres primeros párrafos aunque si merece la pena hacer un alto en el examen de qué supuestos quiso excluir el legislador de la eficacia real.

resto de párrafos. De hecho, algunos autores se decantan por proponer al legislador una nueva redacción del precepto que no resulte tan abrupta⁷⁵⁴.

III.1. Cesión configurada con otros efectos. Párrafo cuarto del art. 13 RH

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.

Haciendo momentánea abstracción de la intervención del TS anulando los tres primeros párrafos del art. 13 RH, en el tenor literal del párrafo 4º del antedicho precepto se observa el reconocimiento de la facultad de la que gozan las partes para configurar su contrato *de forma distinta* a la transmisión actual de la edificación al cedente que se regulaba en el art. 13.1 RH.

Para MARTÍNEZ SANCHIZ⁷⁵⁵ este párrafo es el supuesto de hecho opuesto al párrafo 1º, pudiendo trazarse una línea diferencial entre la transmisión actual de los pisos o locales o la obra futura en términos obligacionales o genéricos sin detallar ésta. Ahora bien, este jurista aduce que el párrafo 4º «aparenta ser inofensivo» y aunque puede que lo sea, no es casual ya que el Consejo de Estado, informó favorablemente al precepto como consecuencia de su naturaleza dispositiva. Así —refiere— frente a la utilización más frecuente en la práctica de añadir «salvo pacto en contrario» al inicio o al final del precepto, se optó por la alambicada expresión: *cuando la prestación se haya*

⁷⁵⁴ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., págs. 702 a 704, significa lo «absurdo» de establecer una norma referida a un contenido distinto al de un párrafo ya inexistente, de tal forma que la única interpretación que cabe es de doble dirección: por un lado, desde un punto de vista civil, el Reglamento se limita a señalar una situación jurídica no inscribible con los efectos y en virtud de los títulos formales que establecía. No obstante lo anterior, el RH no puede establecer normas limitativas de la autonomía de la voluntad y las posibilidades de los tres primeros párrafos anulados podrían todavía mantenerse; por otro lado, la configuración del contrato con carácter «meramente obligacional» no admite otra interpretación que el hecho de que las partes configuren el mismo como consideren más oportuno para sus intereses, desde el prisma de la imposibilidad de acceso al Registro *ex* art. 9 RH en relación con el art. 2 LH. En la misma línea ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., pág. 77, para el que faltan algunas cosas y sobran otras en la redacción subsistente por lo que es ineludible su determinación para la correcta aplicación e interpretación del precepto. Idénticas consideraciones efectúa el mismo tratadista en su estudio: “¿Es conforme al ordenamiento...?”, ob. cit., págs. 339 y 347.

⁷⁵⁵ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, José Ángel: ob. cit., pág. 53.

configurado de otro modo, y al no ser lo dispositivo un espacio uniforme, habrá que atender a las peculiaridades del caso concreto.

Para RUDA GONZÁLEZ⁷⁵⁶ la transmisión de la propiedad en la modalidad que contemplaba el párrafo 4º del art. 13 RH parece seguir un patrón análogo al de la «venta a término» del Derecho francés, anteriormente examinada.

Los aspectos registrales a considerar sí cambian diametralmente pues regulando estos dos últimos párrafos la permuta tradicional⁷⁵⁷ o con efectos jurídico-obligaciones, la única inscripción que será oponible a terceros será la del solar a favor del cesionario. Ahora bien, en cuanto a la parte de edificación que pertenecerá al cedente y que constituye la obligación del constructor, no se exige la detallada descripción de la LPH tal cual se precisa en el caso del párrafo 1º, en consonancia con el principio de especialidad registral. Por ende, aun habiéndose otorgado la permuta en escritura pública —pues de otro modo no habría acceso al Registro de la Propiedad—, la situación del cedente se debilita en esta configuración toda vez que el precepto aparece huérfano de referencia alguna a si esta descripción menos detallada, pero descripción exigida al fin y al cabo, genera un plus de protección al cedente o es de la misma intensidad que la permuta con efectos obligacionales⁷⁵⁸.

En cambio, no es menos cierto que aun así se sigue requiriendo —aunque mínimamente— la descripción de la obra futura lo que se traduce en que será difícil la alegación de buena fe por parte de un tercer adquirente por mucho que se quiera denegar la eficacia *erga omnes* al requerirse la referencia de que en el acta de

⁷⁵⁶ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., pág. 205.

⁷⁵⁷ Para ALONSO PÉREZ, Mª Teresa: “Una alternativa al contrato...”, ob. cit., pág. 1027, la opción que se contempla en los párrafos 4º y 5º del art. 13 RH determinan exclusivamente un derecho de crédito para el cedente pues aunque conste en el Registro la contraprestación pactada no es oponible frente a terceros, de tal forma que, si el cesionario pierde por cualquier causa 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».

⁷⁵⁸ NÚÑEZ MUÑOZ, Mª Carmen: *La aportación...*, ob. cit., págs. 70 a 72, se plantea la posibilidad de que la redacción de este apartado pudiera aludir a un *ius ad rem* para proteger más eficazmente al cedente pues aunque el *ius ad rem* no podría inscribirse, sí podría ser objeto de anotación preventiva, pero siendo conscientes del carácter provisional de la misma. Sin embargo, con el texto finalmente plasmado en el apartado 4º y con la exclusión del detalle de los elementos constructivos que se exige para el resto de inscripciones el cedente pierde el efecto *erga omnes*. Es más, lo relevante no viene a ser el hecho del detalle de las piezas de obra objeto de contraprestación, especialmente en los casos en los que se haya inscrito previamente la división horizontal del edificio, sino la imposibilidad de que el cedente inscriba a su nombre los pisos o locales que le corresponden.

inscripción y en la nota al pie del documento se refleje que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción. De todos modos, no habiéndose consumado la transmisión de la propiedad, serán prácticamente insalvables las posibilidades de que prospere una tercería de dominio interpuesta por el cedente.

ARNÁIZ EGUREN⁷⁵⁹ defiende que la descripción de la edificación de forma escueta y sin detallar que requiere la redacción vigente es una norma cuyo destinatario único es el registrador de la propiedad. Con la alusión a que la descripción detallada no ha de constar en el cuerpo del asiento registral así como la obligación del registrador de expresar que la inscripción no se extiende a la obra futura en el acta e inscripción y en la nota al pie del título, lo que se quiere decir es que el Registro deberá omitir cualquier descripción de la obra futura —a excepción de lo regulado en el párrafo 5º—, en cualquier ámbito registral del que pueda resultar la trascendencia real de los derechos del cedente. Apunta el carácter de norma excepcional en el RH cuya finalidad es frenar la inercia del registrador de incluir en la inscripción el detalle de la futura edificación.

III.2. Garantías inscribibles. Párrafo quinto del art. 13 RH

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».

La anulación de los tres primeros párrafos del art. 13 RH hace que el párrafo 5º carezca igualmente de novedad técnico-jurídica, pues al quedar reconocida en exclusiva una permuta de efectos jurídico-obligacionales, el único recurso que le queda al cedente para que el contrato acceda al Registro de la Propiedad y quedar amparado *erga omnes* es la articulación de una condición resolutoria expresa o cualquier otra garantía real, tal cual era la práctica habitual con anterioridad a la reforma, al amparo del art. 11 LH.

⁷⁵⁹ ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y Edificación...*, ob. cit., págs. 704 y 705, afirma que resulta extraña la insistencia y persistencia del texto en cuanto a que la obra futura no acceda a la protección tabular, quedando fuera del mismo «una mutación real tan frecuente y tan importante como el contrato de aportación de terreno o de cambio de suelo por edificación futura».

Ya se hizo alusión con anterioridad al hecho de que la Sala 3ª del TS utiliza como argumento para dilapidar la reforma introducida por el RD 1867/1998 la existencia de suficientes garantías reales en el ordenamiento jurídico, especialmente la condición resolutoria expresa, para equilibrar la posición contractual del cedente. Llegados a este punto se hace imprescindible recordar también que la condición resolutoria que suele pactarse para el caso de que el constructor incumpla los términos del contrato ejercerá su función en tanto en cuanto el cesionario no exija, por razones de financiación, la modificación del rango hipotecario a favor de la hipoteca que constituya sobre el suelo. Las entidades financieras no concederán crédito alguno si pelagra su devolución por parte del prestatario, señaladamente en un supuesto como el presente en el que la resolución del contrato conllevaría la imposibilidad de ejecutar la hipoteca.

Sobre la condición resolutoria expresa como garantía en los contratos de aportación de solar a cambio de obra futura cabe dejar constancia de que, verificado el incumplimiento, la parte *in bonis* debe actuar sometida a rigurosos controles a fin de que quede perfectamente salvaguardada la posición de las partes contratantes, a falta de un consentimiento contractual que exprese indubitadamente el contenido de su voluntad. Es el caso recogido en la RDGRN de 17 de mayo de 2013⁷⁶⁰, en el que el cedente insta la resolución extrajudicial del contrato como consecuencia de la imposibilidad de la cesionaria de llevar a cabo la construcción pactada, firmándose entre las partes una escritura de allanamiento por el cesionario al hecho determinante de la resolución, recuperando el cedente el dominio de la finca y solicitando al Registro de la Propiedad la reinscripción a su nombre con la consiguiente cancelación de la condición resolutoria. Sin embargo, el Centro Directivo vino a denegar el recurso efectuado por el notario autorizante, dando la razón al registrador de la propiedad que había denegado previamente la inscripción por entender que no había existido allanamiento en cuanto *afirmación incondicional de aceptación de las pretensiones del requirente* (Fundamento Jurídico Tercero):

Esta rigurosidad en la aplicación de los requisitos exigidos por la norma ha sido igualmente puesta de manifiesto por esta Dirección en numerosas ocasiones que tiene declarado que: 1. Debe aportarse el título del vendedor (Cfr. Artículo 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el

⁷⁶⁰ RJ 2013, 4852.

transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; 2. La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmite acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995); 3. El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código Civil. Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y que, como ocurre en la ineficacia por rescisión, uno de los contratantes sólo estará legitimado para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba (Cfr. Artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario).

Con respecto al resto de garantías reales que las partes en uso de su autonomía de la voluntad podrían articular en el contrato, las dificultades son similares y requeriría un estudio pormenorizado de cada situación en particular.

IV. REFLEXIONES SOBRE LA REDACCIÓN DEL ART. 13 RH SEGÚN LA REDACCIÓN DEL RD 1867/1998

Analizado el contenido de cada uno de los párrafos del art. 13 RH, según la redacción que le concedió el RD 1867/1998, procede expresar las deducciones a las que llega la presente investigación con respecto a lo realmente pretendido y consignado por el legislador en su tenor literal.

El párrafo 1º del art. 13 RH concedió suma importancia a la autonomía de la voluntad de las partes reconociendo que éstas podían estipular que la contraprestación por la cesión del solar fuese la *transmisión actual* de pisos o locales en un edificio a construir, de tal forma que, la escritura pública en la que se formalizaba el negocio jurídico sirviera de título y modo para la doble transmisión que se operaba: la del solar a favor del cesionario-constructor y la de los inmuebles futuros a favor del cedente del

solar. No obstante, a pesar de que del texto del citado párrafo 1º parecía deducirse en un primer examen que lo que el legislador pretendió fue la automática adquisición de la propiedad de la obra futura como consecuencia de operar la tradición instrumental *ex art. 1462.2 CC*, lo cierto es que lo que verdaderamente recogió el legislador no fue la *transmisión actual* según los argumentos que se exponen seguidamente:

1º) Lo que el legislador consideró que se conformaba en esos supuestos era una *comunidad especial*; comunidad que con esa calificación accedía al Registro de la Propiedad: *al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario*. Si el legislador hubiera querido realmente que con el mero otorgamiento de la escritura pública de permuta en la que quedaran descritos los inmuebles a construir conforme dispone la LPH y con la fijación de la cuota que les correspondería en los elementos futuros, se entendieran directamente transmitidos al cedente, así lo hubiera recogido sin ambages. Por tanto, se considera que a pesar de que los contratantes hubieran convenido anticipar el consentimiento traslativo sobre los pisos o locales a construir, lo cierto es que la reforma del RH le atribuyó como máximo efecto a la autonomía de la voluntad la consideración de *comunidad especial*. La comunidad evidentemente es propiedad, es un derecho real, pero no una propiedad exclusiva y excluyente como podría llegar a entenderse. En definitiva, la constatación en la letra de la ley de la escritura pública de permuta de solar por obra futura como título traslativo directo, mediante el cual automáticamente opera la doble transmisión solar-inmuebles a construir, se impone como solución de *lege ferenda* para terminar tajantemente con ese período de incertidumbre en el que como máximo puede reconocerse una «comunidad especial» en el sentido antes expuesto.

2º) La segunda razón que se esgrime, y que avala lo antedicho respecto a la inexistencia de una *transmisión actual*, es la plasmación en el art. 13.2 *in fine* RH de la corriente que considera que mediante el otorgamiento de la escritura pública, las partes pueden convenir una transmisión diferida de la propiedad sin necesidad de volver a otorgar otro instrumento público que haga las veces de modo transmisivo. No puede entenderse de otra forma la mención contenida en el citado párrafo del art. 13 RH respecto a la innecesariedad de formalizar acta notarial de entrega, práctica convertida en habitual en el tráfico jurídico-inmobiliario para completar la adquisición del

dominio. De esta forma, aunque los departamentos del edificio a construir sean inexistentes en el momento de otorgarse la escritura pública y no puedan transmitirse debido a su inmaterialidad, no será necesario otorgar una nueva escritura de entrega de los mismos una vez adquieran existencia.

3º) Lo que verdaderamente establecía la reforma introducida por el RD 1867/1998 en el art. 13 RH era una situación jurídica de pendencia de la que surge una doble titularidad. Como caso paradigmático de prehorizontalidad, la titularidad interina queda sujeta al cumplimiento de una *conditio iuris*: la constitución de la propiedad horizontal. El aportante del terreno goza de una «titularidad de pendencia» sobre los pisos o locales descritos en la escritura de cesión de suelo por obra futura hasta la constitución de la propiedad horizontal recayendo en el constructor-cesionario una «titularidad interina» que le faculta —salvo pacto en contrario— a otorgar unilateralmente las escrituras de obra nueva y constitución del edificio en propiedad horizontal. Esta idea encaja perfectamente con la idea de propiedad horizontal como propiedad especial según su propia normativa rectora.

V. LA STS (SALA 3ª) DE 31 DE ENERO DE 2001

V.1. Introducción

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal, en la sentencia que seguidamente se va a examinar, puso fin a la hasta ahora única mención normativa relativa a la transmisión de la propiedad en los contratos de aportación de solar a cambio de obra futura —con la excepción de la normativa autonómica de la Ley catalana 23/2001, de 31 de diciembre—.

En este apartado, además de analizar las conclusiones del TS plasmadas en el Fundamento Jurídico Duodécimo de la sentencia por lo que respecta a la anulación

parcial de los tres primeros párrafos del art. 13 RH, se expondrán previamente los argumentos a los que acudieron las dos asociaciones notariales que formularon el recurso contencioso-administrativo cuya estimación serviría de base a la resolución del Alto Tribunal en esta concreta materia. A su vez, se repasará la doctrina científica que se mostró crítica con la resolución del TS, especialmente por seccionar el espíritu del RD 1867/1998, claramente favorecedor de la situación de desamparo en la que queda el cedente del solar tras la cesión del suelo al constructor-cesionario.

V.2. Argumentos del TS para anular la reforma del art. 13 RH introducida por el RD 1867/1998

Mediante esta resolución⁷⁶¹ la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS declaró la nulidad de pleno derecho, entre otros preceptos⁷⁶², de los tres primeros párrafos del art. 13 RH redactado conforme al RD 1867/1998, de 4 de septiembre, segando definitivamente el cambio normativo emprendido respecto a la atribución de efectos jurídico-reales a la permuta de solar a cambio de obra futura.

Hasta llegar a esta resolución la Sala 3ª del TS había ido desactivando⁷⁶³ paulatinamente el proceso de reforma emprendido por el RD 1867/1998, mediante tres resoluciones cercanas en el tiempo: SSTS de 24 de febrero⁷⁶⁴, 22 de mayo⁷⁶⁵ y 12 de diciembre de 2000⁷⁶⁶.

⁷⁶¹ Recurso contencioso-administrativo 507/1998, resuelto por la Sección 6ª. Ponente Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate (RJ 1083, 2001. Ponente Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate).

⁷⁶² El pronunciamiento segundo del Fallo dice así: *Que, estando declarados nulos de pleno derecho por sentencias firmes el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modificó y dio nueva redacción a los artículos 16.2 c), 112, ordinal 3º y párrafo último, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 129, 131, 155, párrafo cuarto, 332.6, párrafo primero, y 355.2, inciso final, del Reglamento Hipotecario, y la Disposición Adicional Única del mencionado Real Decreto, y con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo sostenido por el Procurador don Jesús V. T., en nombre y representación de las Asociaciones Foro Notarial y Libre Asociación de Notarios «Joaquín Costa», debemos declarar y declaramos nulo de pleno derecho el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y redacta los artículos 6, 11, párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto, 13, párrafos primero, segundo y tercero, 16.1 y 2 b), 17, 18, 51, regla cuarta, párrafos tercero a último inclusive, 68, párrafos tercero y cuarto, 97, párrafo segundo salvo su último inciso, 177, párrafo segundo, 298.1, párrafos quinto y sexto, 298.3, párrafo último, 298.4, párrafos primero y segundo, 334.3, 355.1 y 3, 386, 387, 388, 391 y 399 del Reglamento Hipotecario, preceptos todos estos radicalmente nulos por ser contrarios a la Ley.*

⁷⁶³ Así lo define RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 21 y 22.

⁷⁶⁴ RJ 2000, 2888. Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez. Esta sentencia declara la nulidad de pleno derecho de los arts. 16.2.c), 155 párrafo 4º y 355. 2, inciso final, en cuanto dice *dicho informe será vinculante tan sólo para el Registrador que lo hubiere realizado* y la Disposición Adicional Única del mismo.

⁷⁶⁵ RJ 2000, 6275. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate. El fallo de esta resolución declara la nulidad de pleno derecho del art. 1 del RD 1867/1998 en cuanto modifica y da nueva redacción a los arts. 112, ordinal 3 y párrafo último, 113,

La iniciativa del recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la sentencia que se comenta la tuvieron las asociaciones denominadas Asociación Foro Notarial y Libre Asociación de notarios «Joaquín Costa»⁷⁶⁷. Por lo que a este trabajo respecta, el TS, acogiendo las alegaciones de las asociaciones demandantes declaró la nulidad de los tres primeros párrafos del art. 13 RH, basándose en dos pilares fundamentales:

1º) La conculcación en la redacción conferida al art. 13 RH del sistema de adquisición de la propiedad basado en la teoría del título y el modo. Para el Alto Tribunal no es suficiente la progresiva espiritualización de la *traditio* que se ha experimentado históricamente ni el recurso a las formas *factas* de tradición de los arts. 1462 y 1463 CC como consecuencia de que todas ellas exigen la realidad de la cosa, sin que esta cualidad pueda predicarse de los pisos o locales en construcción. Para el TS la edificación futura no pasa de ser un «mero proyecto» carente de toda materialidad y tangibilidad lo que se convierte en un obstáculo insalvable para adelantar el modo traditivo en los contratos con objeto futuro.

El Alto Tribunal, a su vez, efectúa una doble crítica al justificar su resolución pues, por un lado, hace hincapié en el carácter dispositivo de la redacción del art. 13 RH que se anula, cuyo texto permitía a las partes alterar el sistema de transmisión de la propiedad, precisamente de carácter imperativo; por otro lado, el TS arremete contra el espíritu del RD 1867/1998 de constituirse en garante de la desventajosa posición del cedente del solar, aduciendo que la teoría del título y el modo no puede soslayarse para compensar el desequilibrio existente entre las partes, máxime cuando el Derecho

114, 115, 116, 118, 119, 120 a 124, 127, 128, 129 y 131 RH porque aquél regula materias reservadas a la Ley, vulnera la CE e infringe las leyes.

⁷⁶⁶ RJ 2001, 552. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate. En este caso, la Sala 3ª del TS declara la nulidad de pleno derecho del art. 332.6, párrafo primero RH, redactado por el RD 1867/1998 por vulnerar la Ley.

⁷⁶⁷ FUERTES LÓPEZ, Mercedes: ob. cit., pág. 47 y ss., crítica duramente la actitud mostrada por los Notarios demandantes, vislumbrándose en sus recursos una intención manifiesta de dejar prácticamente vacía de contenido a la reforma al solicitar la nulidad de casi todas las novedades que se introdujeron por el RD 1867/1998. Específicamente viene a sostener lo siguiente: «Una crítica desmedida y, a mi juicio, exagerada con el objeto de poner de manifiesto que el redactor de la norma había cometido un gran dislate y abuso, infringiendo en todo caso el régimen legal. Esta desaforada actitud parece impulsada por motivaciones muy distintas a las meramente jurídicas, esto es, a las que pueden justificar la interposición de un recurso contra una disposición general, como la finalidad de proteger la legalidad y seguridad jurídica. Veladas quedan esas motivaciones en el conflicto jurídico que suscitan los notarios. Aunque, quizá algo tenga que ver el destacado papel de los registradores que la reforma pretendía subrayar. En estas complejas coordinadas se desenvuelven estos conflictos».

sustantivo ofrece garantías reales que amparan igualmente al cedente en los contratos articulados con efectos jurídico-obligacionales⁷⁶⁸.

2º) La vulneración del principio de jerarquía normativa toda vez que la reforma del sistema de transmisión del dominio se llevó a cabo mediante un Reglamento, norma que en el ordenamiento jurídico ostenta un «modesto cometido» —según expresa de manera literal la sentencia—, invadiendo un ámbito reservado a la ley formal: la regulación sustantiva de derechos civiles.

Los argumentos del TS para anular los tres primeros párrafos del art. 13 RH introducidos por el RD 1867/1998 a los que se ha hecho alusión arriba se recogen en el Fundamento Jurídico Duodécimo de la sentencia, el cual se transcribe literalmente debido a su importancia:

Se reprocha por las demandantes al artículo 13 del Reglamento Hipotecario reformado la introducción en nuestro ordenamiento de un sistema de transmisión de la propiedad contrario al establecido por el artículo 609 del Código Civil, mientras que los demandados aseguran que aquél se ampara en la mejor tradición espiritualista de adquirir el dominio, consagrada por el artículo 1462 del Código Civil, al mismo tiempo que reconoce la libertad de pactos del artículo 1255 del mismo Código por permitir que, en virtud de la voluntad de las partes, el negocio se configure con carácter real en los tres primeros apartados del precepto u obligacional en los dos últimos.

La contradicción denunciada está en que los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado por esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir.

A su vez, en los tres primeros párrafos del precepto cuestionado se crean una serie de derechos y obligaciones que exceden del modesto cometido de un Reglamento e invaden la regulación sustantiva de los derechos civiles reservada a una ley formal.

En definitiva, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario con sus tres primeros párrafos altera el régimen legal de adquisición de la propiedad, consagrado por el

⁷⁶⁸ Ratificado también por MARTÍNEZ GÁMEZ, José Pablo: ob. cit., fecha de última consulta: 9 de mayo de 2014, aseverando que la debilidad de la posición jurídica del cedente no es razón suficiente para alterar el sistema de transmisión del dominio al margen del CC y de la LH, debiendo acudir a otras garantías existentes en el ordenamiento jurídico que refuercen el derecho de crédito que ostenta.

artículo 609 del Código Civil, al convertirlo en disponible por los contratantes a pesar de su naturaleza imperativa y, al mismo tiempo, establece el contenido de los derechos y obligaciones de una singular figura contractual, con lo que se excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no permite ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos.

Ni el significado de la «traditio ficta», recogido en los artículos 1462 y 1463 del Código Civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan a estos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto, y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional, en contra de lo aducido por el Colegio demandado para rescatarla del reproche de ilegalidad, 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, con cabida en el sistema de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, y que, por tanto, no es objeto de censura alguna.

La pretendida finalidad de proteger al cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el modo para la adquisición de la propiedad cuando, además, existen garantías reales para lograr la protección del cedente en los contratos de cesión de suelo por obra de carácter meramente obligacional, como lo demuestra el último apartado del artículo que comentamos, al prever la inscripción de la condición resolutoria u otra garantía real.

Con esta resolución el TS desmadeja una ambiciosa reforma, con claro espíritu de mejorar la práctica contractual cotidiana, avanzando en la protección al cedente del suelo en el amplio paréntesis temporal que se evidencia desde que suscribe el contrato hasta que se le entrega la parte de edificación pactada.

Lo cierto es que el TS sigue admitiendo en resoluciones posteriores a la que se comenta la clara posición de debilidad que se encuentra el cedente del solar frente a la otra parte contratante⁷⁶⁹.

⁷⁶⁹ Claro ejemplo es la STS (Sala 1ª) de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6546. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán) cuyo Fundamento Jurídico Quinto atestigua el patente desequilibrio que sufre el cedente del solar: *1ª) Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala han destacado la posición de debilidad en que suelen encontrarse los permutantes de solares por obra futura al tener que transmitir el dominio para que el promotor pueda conseguir financiación con garantía hipotecaria, sugiriendo como posibles remedios a esa posición de debilidad el seguro de caución a primer requerimiento (así, STS 27-4-09 (RJ 2009, 4732) en rec. 963/04) y también, por parte de la doctrina científica, la condición resolutoria explícita, por más que su constancia registral pueda dificultar la obtención de financiación por el promotor». Idéntica posición de desventaja se advierte en el Fundamento Jurídico Tercero de la STS de 27 de abril de 2009 (RJ 2009, 4732) aunque en este caso con acogimiento de la tesis de la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001 en cuanto a que dotar de más protección a los iniciales propietarios de los solares no justifica modificar el sistema de transmisión de la propiedad instaurado en Derecho español: «Sin embargo esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento.*

Este resultado ya fue anticipado por el Consejo de Estado, en su Dictamen 1640/1998, informando sobre el Proyecto de RD para modificar determinados arts. del RH, adjetivando de «impertinente» la inclusión en un Reglamento de la transmisión automática de los departamentos futuros a favor del cedente del solar y constatando la vulneración del sistema de transmisión de la propiedad que rige en el ordenamiento jurídico español. De hecho, el Consejo de Estado alerta sobre la redacción final del art. 13 RH debido a que el legislador parecía preocuparse más por los requisitos formales de validez del contrato de permuta de solar a cambio de obra en lugar de centrarse en los aspectos formales para inscribir el mismo⁷⁷⁰.

No obstante, sí es cierto que el TS insiste posteriormente en la inexistencia material del objeto para obstaculizar la operatividad de la tradición instrumental del art. 1462.2 CC como fundamento de la adquisición por parte del cedente de los departamentos acordados, como queda constancia en el Fundamento Jurídico Segundo de la STS (Sala 1ª) de 14 de junio de 2007⁷⁷¹:

Se origina, en definitiva, un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra futura, la parte de superficie construida que se pacta, de la obra a realizar, de tal manera que el otorgamiento de la escritura de permuta o aportación del suelo edificable implica su entrega, pero sin que pueda operar la tradición ficta del artículo 1462 del Código Civil, en relación con las futuras viviendas o locales, por ser bienes que no existen en ese momento.

V.3. Doctrina crítica con la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001

⁷⁷⁰ El Consejo de Estado se pronunció en estos términos: *El artículo 13 reglamenta la inscripción del contrato atípico de cesión del suelo por obra futura. Atendiendo a las sugerencias de los informes, el artículo manifiesta su carácter dispositivo, de modo que la tipificación de este contrato no implica el cierre del Registro a otros contratos análogos de permuta. Esta característica del precepto salva en parte las objeciones al artículo 13 cuando parece invadir materia o contenido sustantivo, por ejemplo: “Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación”. Redactado en tales términos, el artículo es ajeno al Registro de la Propiedad y más bien parece una prohibición de disponer, impropia de un Reglamento y mucho más de uno sobre este Registro. Por ello debería redactarse el proyecto en términos tales que revelase la preocupación por los requisitos formales de inscripción y no por los sustantivos de validez del contrato. Esto se extiende también al inciso final del párrafo segundo: “La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente”, toda vez que, aunque se aluda a la inscripción, en realidad se prescribe la transmisión sustantiva automática a favor del cedente de esos elementos del inmueble, lo que, a más de impertinente en un Reglamento, es, por cierto, contrario al principio básico y tradicional de nuestro ordenamiento, que requiere, para la válida transmisión de derechos reales, no sólo el título, sino también el modo o tradición (artículo 609 del Código Civil).*

⁷⁷¹ RJ 2007, 3515.

Entre los autores críticos con la STS (Sala 3ª) que se analiza en este apartado aparece ESPEJO LERDO DE TEJADA⁷⁷², para quien, como ya se mencionó anteriormente, mantiene que la reforma del art. 13 RH tenía como horizonte afrontar algunas de las deficiencias que se habían venido detectando, siendo una «desdicha» su anulación por el TS. Advierte que, tras esta resolución, la redacción del precepto ha quedado visiblemente mutilada, pudiendo cuestionarse con fundamento la aplicabilidad de lo que resta vigente con el mismo significado que pudo tener en su origen.

Asimismo SERRANO CHAMORRO⁷⁷³ constata su descontento con lo que considera una «clara» resolución del TS de esta forma tan elocuente: «poco tiempo hemos disfrutado de las ventajas de una clara estipulación, y a pesar de su frecuente utilización, de nuevo nos vemos obligados a seguir el tratamiento de otros años, y a esperar que se consolide legalmente esta figura de todos conocida».

Para FIGUEIRAS DACAL⁷⁷⁴ el Alto Tribunal obvia la cuestión de la entrega «real» que se materializaba por la mera inscripción de los pisos futuros, conforme a otras situaciones ya admitidas —inscripción de pisos meramente proyectados según el art. 8.4 LH y del derecho de sobre o subedificación del art. 16.2 RH— y lo reconduce a un problema de competencia legislativa meramente formal. Este jurista reconoce que el RD no era la vía más adecuada para la reforma pretendida pero esta circunstancia no prohíbe en absoluto que los contratantes puedan convenir contractualmente otros negocios jurídicos que tengan por objeto un volumen delimitado en el espacio inferior o superior —lo que denomina un ámbito espacial «cosificado»— que pasará a ser un mero lindero, reconociéndose eficacia real al derecho concedido.

⁷⁷² ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “La inscripción...”, ob. cit., pág. 1 y en su estudio “¿Es conforme al ordenamiento...”, ob. cit., págs. 337 y 338. Sin embargo, la postura de este tratadista hay que verla desde la perspectiva de su especial consideración de la reforma emprendida por el RD 1867/1998 y ya analizada detenidamente. De hecho, también en su trabajo “¿Es conforme al ordenamiento...”, ob. cit., págs. 338 y 344, reconoce que, en general, las razones del TS para explicar la nulidad del art. 13 RH le convencen aunque no llegan a abordar su verdadero papel en la interpretación del precepto. El TS no extrajo las últimas consecuencias que conlleva aplicar al supuesto incluido por el art 13 RH la aplicación del sistema de transmisión de la propiedad del ordenamiento jurídico español. A su juicio, el problema se encuentra en los propios presupuestos del reiterado artículo y no sólo en la parte anulada por el hecho de que le parece contrario al sistema de la teoría del título y el modo sostener que el cedente transmite por completo el solar al cesionario «y eso es lo que debería haber aclarado mejor la Sentencia».

⁷⁷³ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 45 y 46.

⁷⁷⁴ FIGUEIRAS DACAL, Manuel: ob. cit., pág. 1244.

FUERTES LÓPEZ⁷⁷⁵, en sintonía con los anteriores autores, pone en entredicho la conclusión del Alto Tribunal, pero no porque deba mantenerse a toda costa un RD por considerarse que el mismo posee una bondad intrínseca sino porque cualquier reforma ha de cumplir escrupulosamente con las preceptivas garantías de legalidad conocidas y las urgencias o prisas se deben rechazar como excusas.

Para PLANA ARNALDOS⁷⁷⁶ «resulta evidente» tanto la necesidad de resolver la problemática que con el RD 1867/1998 se abordaba como el hecho de que la inscripción en el Registro de la Propiedad de este contrato resultaba «decisiva» para enmarcar la concreta situación de las partes y dar una solución eficaz a hipotéticas divergencias con terceros. Para esta autora, la regulación contenida en los tres párrafos anulados por el TS englobaba tanto los problemas que se plantean en torno a la transmisión del dominio de los inmuebles futuros como el abanico de soluciones aportadas por la doctrina, la jurisprudencia y las resoluciones de la DGRN. Admite la «necesidad» de una regulación como la que ha quedado cercenada pues aunque, si bien es cierto que los contratos de aportación de solar por obra futura pueden adoptar diferentes modalidades, ello no es óbice para que necesiten una regulación legal *ad hoc* que proporcione una solución idónea a la problemática que los mismos suscitan.

En la misma línea, RUDA GONZÁLEZ⁷⁷⁷ da por sentado que es posible que el legislador vuelva a acometer una regulación del contrato que se estudia y de ahí la conveniencia de seguir reflexionando sobre la norma anulada por el TS con objeto de mejorar el texto y dotar de mayores garantías de éxito a la nueva norma que hipotéticamente se promulgue en el futuro.

En definitiva, se aprecia cómo voces muy autorizadas dentro de la doctrina científica que más esfuerzos ha dedicado a estudiar el contrato de permuta de solar por

⁷⁷⁵ FUERTES LÓPEZ, Mercedes: ob. cit., pág. 49.

⁷⁷⁶ PLANA ARNALDOS, Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs.171 y 172. En la misma obra (pág. 175) vuelve a insistir sobre la bondad de acometer una reforma del calado de la llevada a cabo por el RD 1867/1998: «En definitiva, con la declaración de nulidad del art. 13 del Reglamento Hipotecario desaparece la única vía que existía para que estos contratos tengan acceso directo al Registro de la Propiedad. Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones: la nulidad de este precepto demuestra que un Reglamento no es la norma adecuada para disciplinar esta materia, pero sigue siendo necesaria la regulación del problema en los mismos términos o no que los utilizados por la norma anulada».

⁷⁷⁷ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 22 y 25.

edificación futura no comparten la solución adoptada por la Sala 3ª del TS al suprimir los tres primeros párrafos del art. 13 RH. Estos autores ya vaticinaron la necesidad de tomar razón en la letra de la ley del fuerte empuje que estaba produciendo la RDGRN de 16 de mayo 1996 a la hora de dibujar una operación enmarcada en el ámbito de este contrato. De ahí que se viera con buenos ojos la reforma emprendida por el RD 1867/1998 en aras de dotar al cedente de la anhelada protección frente a terceros y de contar con un precepto sustantivo al respecto.

Paralelamente, también se era consciente de que el nuevo texto del art. 13 RH generaría el consiguiente debate doctrinal al inmiscuirse la reforma, nada más y nada menos, que en el sistema de transmisión de la propiedad y los derechos reales adoptado por el CC, con independencia de que la constancia de la reforma en una norma reglamentaria no era la técnica legislativa adecuada y fue, junto a la vulneración de la teoría del título y el modo ya apuntada, la razón para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal anulara parcialmente la misma.

CAPÍTULO XIV

LA TEORÍA DEL *IUS AD REM* APLICADA A LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTO
- III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
- IV. APLICACIÓN ESPECÍFICA AL CONTRATO DE APORTACIÓN DE SOLAR POR OBRA FUTURA
- V. POSIBILIDAD DE CONSTANCIA REGISTRAL. ANOTACIÓN PREVENTIVA
- VI. CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL *IUS AD REM*

I. INTRODUCCIÓN

La teoría del *ius ad rem* surge como posición intermedia entre la concepción clásica que atribuye a la escritura pública de permuta exclusivamente efectos jurídico-obligacionales y la teoría que admite los efectos jurídico-reales del instrumento público.

El origen de esta construcción, seguida por un sector de la doctrina científica, se encuentra en el deseo de reforzar la posición claramente desfavorable del cedente del suelo frente al constructor-cesionario, con la intención de superar la corriente tradicional de la permuta con efectos jurídico-obligacionales pero sin atreverse a rebasar la barrera de la conceptualización del derecho del cedente como un derecho real.

Se ha querido en el presente trabajo proceder a un estudio separado de la teoría del *ius ad rem*, aunque parte de la doctrina⁷⁷⁸ lo incluye como variante dentro de la corriente que concede efectos jurídico-reales al contrato de aportación, por su importancia de cara a las conclusiones de la presente tesis debido a que, como se verá posteriormente, incide directamente en las soluciones registrales que pueden adoptarse para solventar la debilidad del cedente del solar durante el período intermedio.

II. CONCEPTO

ROGEL VIDE⁷⁷⁹ ofrece una sencilla definición del *ius ad rem*, perfectamente extrapolable al contrato de cesión de solar por obra futura. Así, partiendo de que el *ius ad rem* es entendido como «vocación» al derecho real, la describe como la situación de hecho en la que no se ha podido proceder a la inscripción constitutiva de un derecho en el Registro de la Propiedad por un defecto subsanable en el título. El referido derecho se protege mediante una anotación preventiva a la que se configura como un *ius ad rem*.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

⁷⁷⁸ LOPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 46.

⁷⁷⁹ ROGEL VIDE, Carlos: *Derecho de Cosas (Manuales Básicos)*, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2002, pág. 14, refiere que, en la Edad Media, los feudos conferidos se conseguían a través de la investidura y ciertos beneficios a través de la colación, constituyendo uno y otro caso un *ius in re*. Partiendo de esta base, frente a dicho derecho, se hablaba de *ius ad rem* que se daba antes de las anteriores situaciones, generalizándose el término para describir la situación jurídica de quien, teniendo título bastante para adquirir una cosa, no la ha adquirido todavía. Por su parte, SERRANO SUÑER, Ramón: “Significado de la locución *ius ad rem*”, en *RCDI*, nº 28, abril 1927, págs. 275 a 280, considera que son derechos personales de vocación a la cosa, ejercitables contra el deudor mientras ésta se conserva en su patrimonio y también frente a los sucesivos adquirentes conscientes de que existía un derecho sobre ella. Ahora bien, como no se encuentra un significado unívoco a este concepto, este jurista refiere lo siguiente: «Al transplantarlo al Derecho Civil surge un “arduo problema” de su catalogación e inclusión en un sistema perfilando bien su naturaleza: derecho real, derecho crediticio o intermedio. Algunos lo han denominado “derecho real relativo” pero esta expresión parece “violenta o disonante dentro del lenguaje jurídico”. Acaso no sea más que un momento de la trayectoria reconocida por el derecho de crédito hasta llegar al derecho real. La técnica deberá pronunciarse sobre el problema». «Ni la Glosa ni nuestro inmortal Código de las Siete Partidas conocen el término técnico y los juriconsultos españoles del siglo pasado que lo vulgarizaron, no parecían sospechar su especial “densidad jurídica”». Para profundizar en la evolución histórica del *ius ad rem* véase: FONCILLAS, José M^a: “El «jus ad rem» en el Derecho Civil moderno”, en *RCDI*, nº 102 a nº 110, junio 1933 - febrero 1934 y MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro: “El «ius ad rem»”, en *Revista de Derecho Privado*, enero 1988, págs. 3 a 16.

Históricamente, la figura proviene del Derecho canónico⁷⁸⁰, aunque también se desarrolla en el Derecho feudal⁷⁸¹, y se va introduciendo en el Derecho patrimonial entre el derecho de crédito y el derecho real.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN⁷⁸² muestran que en la época de la Codificación, la mayoría de la doctrina negó la admisión de una tercera categoría o figura intermedia entre el derecho personal y el derecho real, con el fundamento de que no dotaba al sistema de utilidad alguna y ubicándolo como un supuesto de derecho personal, aunque, modernamente y, pese a que no ha llegado a gozar del favor de la doctrina, la resurrección de esta figura se ha intentado por otras vías.

RODRÍGUEZ-ROSADO⁷⁸³ destaca que la doctrina castellana fue especialmente sensible en materia de doble venta, recogiendo la solución establecida por el Derecho romano en la Partida 5,5,50⁷⁸⁴, en el sentido de que la propiedad se adquiriría por quien primero tuviera la posesión de la cosa y pagase el precio.

⁷⁸⁰ Respecto a su origen en el Derecho Canónico puede señalarse como apunte histórico que esta expresión fue acuñada por primera vez por Sinibaldo Dei Fieschi (quien sería posteriormente el Papa Inocencio IV) para describir la situación en la que se encontraba el coadjutor de un obispo enfermo, pues mientras duraba la enfermedad de éste, le ayudaba en el desempeño de sus funciones, gozando de la certeza de que le sucedería en el cargo una vez se producía su fallecimiento. En vida del obispo el coadjutor no poseía un derecho real sobre el obispado, un *ius in re*, aunque sí tenía la certeza de que llegaría a obtenerlo al fallecimiento del obispo enfermo. De esta suerte, se consideró que el derecho del coadjutor era una situación intermedia entre el derecho real y el personal, naciendo la categoría del *ius ad rem* como figura intermedia entre el derecho real y el derecho personal. RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: “*Ius ad rem* y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código Civil”, en *ADC*, fascículo IV, 2009, pág. 1707, ratifica el origen canónico del *ius ad rem* frente a los autores españoles que abordaron esta materia, quienes considera demasiado apegados a opiniones ya superadas en el sentido de focalizar el origen de esta teoría en el Derecho feudal.

⁷⁸¹ CUENA CASAS, Matilde: *Función de poder de disposición...*, ob. cit., págs. 227 y 228, refleja que el *ius ad rem* se extendió al Derecho feudal como expresión de la situación de un vasallo que aún no ha tomado posesión del feudo. Cuando ha recibido una investidura simbólica se consideraba que tenía un *ius ad rem* sobre el feudo. El definitivo *ius in re* no lo adquiriría hasta que se produjera la tradición real. De esto modo se distinguía un derecho más fuerte al vasallo al darle posesión real, y un derecho más débil constituido por la investidura formal, siendo uno camino del otro.

⁷⁸² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 45, consideran que la generalización y admisión de este término proviene de su utilización para describir las situaciones jurídicas que ostentan aquellos que tienen un título que les da derecho a adquirir una cosa determinada mediante la necesaria adquisición de la posesión de la misma pero que todavía no se ha efectuado.

⁷⁸³ RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno: “*Ius ad rem* y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código Civil”, en *ADC*, 2009, fascículo IV, págs. 1710 a 1712.

⁷⁸⁴ La redacción original de esta norma era la siguiente: *Del ome que vende la cosa dos vegadas a dos omes en tiempos departidos qual de ellos la deve aver: Una cosa vendiendo un ome dos veces a dos omes en e paga el precio, esse la debe aver, e non el otro. Pero tenuto es el vendedor, de tornar el precio a aquel que la vendió a postremas, si lo avie recebido, con todos los daños e los menoscabos que le vinieron por razon de tal vendita, porque la fizo engañosamente. Otrosi decimos, que si el postrimero comprador pasase a la tenencia, e a la posesion, e pagasse el precio, que el la deve aver, e non el primero. E es otrosi el vendedor tenuto de tornar el precio, si lo avia recebido, con los daños, e los menoscabos que vinieron por esta razon al primer comprador.*

Lo cierto es que esta concepción no está regulada expresamente en el Derecho sustantivo español, extremo que ha originado que algunas autoras hayan obviado abiertamente como opción a considerar en el contrato objeto de estudio⁷⁸⁵.

IV. APLICACIÓN ESPECÍFICA AL CONTRATO DE APORTACIÓN DE SOLAR POR OBRA FUTURA

Una aplicación estricta del Derecho positivo conllevaría automáticamente negar toda virtualidad jurídica a la admisión de un *ius ad rem* al cedente del solar toda vez que no existe precepto legal alguno en el ordenamiento jurídico español que ampare esta concepción, aun reconociendo parte de la doctrina científica que puede resultar muy útil⁷⁸⁶.

Esta corriente, basada en la energía traslativa del contrato causal, entiende que el propietario del suelo ostentaría sobre la cosa un *ius ad rem*, atribuyéndose al derecho del cedente «algo más»⁷⁸⁷ que un simple derecho de crédito aunque no llegara a ostentar la condición de derecho real. Investir al propietario del solar de este derecho le da una situación de preferencia frente a los actos dispositivos que pudiera efectuar el cesionario en la fase de construcción y que perjudiquen la contraprestación a percibir.

No obstante, para que sea eficaz la anhelada protección del cedente es necesario que de alguna forma sea reconocible y cognoscible por terceros esta situación de prelación, proponiéndose fórmulas para su constancia en el Registro de la Propiedad.

⁷⁸⁵ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 158. Por su parte, FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La cosa futura...”, ob. cit., pág. 46, adjetiva al *ius ad rem* como un supuesto «antiguo y denigrado» al que ha acudido parte de la doctrina para salvar la dificultad que representa sostener la admisión de un derecho real sobre cosa futura y que la doctrina actual ha repudiado por su falta de interés práctico y por lo difuso de sus caracteres. No obstante, la autora reconoce que sus consecuencias coinciden con lo que implicaría un derecho real sobre cosa futura.

⁷⁸⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La permuta de suelo...*, ob. cit., pág. 46 y 50, para quien el *ius ad rem* es una categoría fantasmagórica y oscura, la cual, aun reconociendo su carácter bienintencionado en la búsqueda de una justa solución resulta del todo punto atécnica ya que es difícil construir una categoría intermedia entre derechos reales y personales.

⁷⁸⁷ Ese «algo más» fue igualmente señalado por MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: ob. cit., págs. 356 y 357, afirmando que el derecho del permutante cedente del solar no es un simple derecho de crédito sino que su pretensión jurídica es «algo más», prefiriendo hablar de *ius ad rem* en lugar de titularidad preventiva.

Como indica SERRANO CHAMORRO⁷⁸⁸, se ha intentado reintroducir esta figura en base a la denominada «vocación al derecho real» y ello como consecuencia de la especialísima situación de un derecho llamado a convertirse en derecho real aunque de momento no lo sea, justificándose un tratamiento especial y una publicidad transitoria mediante la anotación preventiva.

La raíz de esta corriente se encuentra en el art. 1473 CC⁷⁸⁹, con adeptos como CÁMARA ÁLVAREZ⁷⁹⁰ Y MONET ANTÓN⁷⁹¹. El engarce con el citado precepto proviene de la obligatoriedad de que exista tradición o entrega para que se entienda transmitida la propiedad, de tal forma que, el comprador sin tradición —o cedente en este caso— ostentaría un *ius ad rem*, el cual, le otorgaría prelación frente a un segundo adquirente de mala fe, entendido como el que tiene conocimiento de la anterior transmisión, aun cuando haya llegado a tomar posesión de la cosa.

CÁMARA ÁLVAREZ, bajo el prisma de la posibilidad de transmitir la propiedad de un piso en construcción o proyectado, no observa inconveniente en admitir la existencia de un *ius in re* o de un *ius ad rem* sobre un objeto que se encuentre, física o jurídicamente, en trance de formación⁷⁹². Su adhesión a esta opción —más progresiva, según su criterio— se contempla con plenitud una vez que se ha constituido sobre el

⁷⁸⁸ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 491.

⁷⁸⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., págs. 43 a 45, señalan que esta concepción se observará en los supuestos de doble venta, en concreto, en torno a los derechos del primer comprador frente al segundo comprador que haya adquirido la cosa sin el requisito de la buena fe y todo ello aun habiéndose consumado la *traditio*. También NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: ob. cit., pág. 125.

⁷⁹⁰ CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “Modalidades en la constitución...”, ob. cit., págs. 156 a 158, al analizar la necesidad de contar con título constitutivo para que pueda constituirse la propiedad horizontal, entendido como acto mediante el cual se describe el inmueble en su conjunto así como cada una de las piezas que lo conforman y la cuota asignada a las mismas, concluye que no es claudicante contar con título constitutivo en sentido formal para hablar de propiedad horizontal. De hecho, dado que la ley no exige que la transmisión de la propiedad de una porción señalada del edificio esté sujeta con carácter preceptivo al previo otorgamiento del título constitutivo, sería «anómalo entender que la transferencia es inoperante» porque no se haya otorgado el mismo. Por consiguiente, —mantiene— al confirmarse que el piso existe cuando está simplemente proyectado no hay motivos para negar al adquirente de un piso en construcción o proyectado «un derecho sobre el piso, o al piso, según que el mismo haya sido o no entregado».

⁷⁹¹ Al primero de estos tratadistas aluden tanto LÓPEZ FRÍAS como SERRANO CHAMORRO al referirse a la tesis del *ius ad rem*: LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., págs. 45 y 46 y SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 379 y 380. Véase igualmente MORENO FLÓREZ, Rosa M^a: “El *ius ad rem* y el artículo 1473 del Código Civil”, en *RCDI*, n^o 733, septiembre-octubre 2012, págs. 2601 y ss.

⁷⁹² «Trance de formación», expresión que, como se ha puesto de relieve, utilizó la RDGRN de 16 de mayo de 1996 y que CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “Modalidades en la constitución...”, ob. cit., págs. 157 y 158, reseña para fundamentar que el adquirente no goza de un simple derecho de crédito frente al *tradens*. En el caso de que el comprador haya tomado posesión del departamento por haber operado la tradición o en el caso de que sea titular de un *ius ad rem* si no se ha verificado la entrega, tanto en uno como en otro caso, podrá gozar del piso, o bien, disponer de sus derechos sobre el mismo. Eso sí, quedará incólume de los actos dispositivos que intente el transmitente, a excepción que entre en juego, cuando sea posible, la fe pública registral.

edificio a construir el régimen de propiedad horizontal, —extremo que considera debiera ser obligatorio para el constructor antes de iniciar las ventas— pues estando los pisos o locales perfectamente definidos, desde el primer momento ha de entenderse superada la fase meramente obligacional, atribuyéndose al cedente un *ius ad rem* hasta que se produzca la entrega, dimanando del mismo «una protección más enérgica y eficaz». A la sazón, este autor divide al proceso en tres fases.⁷⁹³

1ª) Edificio meramente proyectado: en este caso se trata de una cosa futura y el contrato surtirá exclusivamente efectos jurídico-obligacionales.

2ª) Edificio en fase de construcción: aquí es cuando se conecta con la teoría del *ius ad rem*, prolongándose en el tiempo hasta la tercera fase.

3ª) Finalización y entrega de la edificación, entendiéndose que es el momento en el que la cosa llega a existir, transformándose a partir de ese momento en un derecho real⁷⁹⁴.

Esta división aparece reflejada en los trabajos de NÚÑEZ MUÑIZ y SERRANO CHAMORRO⁷⁹⁵ dentro del ámbito propio del contrato que se estudia. En concreto, esta última tratadista ve con buenos ojos la aplicación de la solución que CÁMARA ÁLVAREZ propugna para los contratos de compraventa de pisos futuros al contrato de aportación de solar por obra futura ya que, en el ámbito de las obligaciones, es preceptivo que el

⁷⁹³ BONET CORREA, José: “La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir”, en *RDN*, julio-diciembre 1961, págs. 270, 271 y 277, también había diferenciado tres estadios sobre la propia dicción del art. 8.4 LH. Igualmente MONET Y ANTÓN: ob. cit., págs. 18 y 19: «Mientras la cosa no existe, mientras el piso no está construido, el contrato relativo a tal piso sólo genera derechos de obligación y crédito puramente personales [...] Cuando la cosa existe, cuando el piso ha sido ya construido, aun antes de la tradición, el adquirente tiene la posición jurídica reforzada del titular del *ius ad rem* que le afirma el art. 1473 e incluso el art. 1095 del Código Civil. Cuando el piso ha sido tradido y entregado, conforme las reglas aplicables en su caso, el adquirente deviene investido y titular del *ius in re*».

⁷⁹⁴ CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “Modalidades en la constitución...”, ob. cit., págs. 188 a 192: «En tanto el solar no haya quedado adscrito al régimen de propiedad horizontal, es imposible hablar de un nuevo objeto jurídico ni siquiera en formación. Pero la solución tendría que ser otra si partiésemos de un edificio ya definido y de un título constitutivo de la propiedad horizontal ya otorgado. En este caso (que debe ser tratado de forma similar al de piso cuya construcción está empezada) la fase puramente obligacional queda superada *ab initio*. A favor del comprador nace no sólo un derecho de crédito, sino un verdadero *ius ad rem* del que dimana una protección más enérgica y eficaz».

⁷⁹⁵ NÚÑEZ MUÑIZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 126 y SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 492 y 493.

cesionario despliegue una actividad tendente a que el inmueble cobre existencia y, de ahí, que se vislumbren las impregnaciones del arrendamiento de obra.

Por lo que respecta a MONET Y ANTÓN⁷⁹⁶, tomando como eje la teoría del título y el modo, aborda la posibilidad de dotar de eficacia real a los contratos traslativos del dominio de los pisos aún no construidos concluyendo, en primer lugar, que el título no es meramente generador de derechos de crédito sino que posee «naturaleza compleja», en cuanto tal contrato traslativo posee energía obligacional y energía dispositiva, en el sentido de engendrar en el beneficiario, además del derecho de crédito a la obligación de entrega, un *ius ad rem*, vocación o llamada al derecho real sobre la cosa. La entrega para este jurista es «pago» de la obligación de dar y es «tradición» consumadora del derecho real. Con este escenario, la posición del tercero debe tomarse en consideración desde el punto de vista de la buena o mala fe, según conozca o desconozca el *ius ad rem* del beneficiario; en segundo lugar —afirma—, la tradición consiste en un acto real de desapoderamiento y confirmatorio de la adquisición de la cosa. Ahora bien, por sí sola carece de voluntad traslativa del dominio, la cual reside íntegramente en el título. Con ello se confirma la idea de que quien adquiere sin operar la tradición posee una posición jurídica más fuerte respecto al derecho dominical que quiere alcanzar, mostrándose en este estadio en «fase de formación».

El más ferviente defensor de esta concepción es GARCÍA GARCÍA⁷⁹⁷, otorgando un valor primordial a lo querido por los contratantes en relación al momento en el que desean, les interesa o convienen que se produzca la transmisión de la propiedad. Así, tratándose de un ámbito no regulado positivamente «se hace más eficaz atenerse a las distintas posibilidades que ofrece la realidad social que a las elucubraciones propias del cielo de los conceptos». Este autor viene a considerar indiscutible que los pisos meramente proyectados tienen acceso al Registro de la Propiedad *ex art.* 8.4 LH y que esta posibilidad favorece la protección de los consumidores ante las eventualidades que puedan presentarse en el proceso de construcción que les prive de su derecho; ahora

⁷⁹⁶ MONET Y ANTÓN, Fernando: ob. cit., págs. 14 a 19, destacando su aseveración respecto a que la cuestión de la eficacia real de los contratos traslativos del dominio de los pisos aún no construidos es de «difícil y grave solución».

⁷⁹⁷ GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “Permuta de solar...”, ob. cit., págs. 1135 y 1136. También, ya citado, RODRÍGUEZ OTERO, Lino: ob. cit., pág. 273, al analizar la RDGRN de 16 de mayo de 1996, sostenía que frente a la posibilidad de considerar a la cosa futura como un verdadero y actual derecho real, prefería acogerse a la teoría intermedia del *ius ad rem*.

bien, lo que sí somete a debate es el momento de adquisición del piso futuro y las «distintas posibilidades que ofrece la realidad social y la voluntad de los interesados sobre este problema», sin que exista en el ordenamiento jurídico «fórmulas matemáticas o uniformes» que axiomáticamente regulen el cómo y cuándo sino que habrá de estarse al respeto más escrupuloso del principio de autonomía de la voluntad entroncado con las normas legales sobre tradición real y tradición instrumental.

NÚÑEZ MUÑIZ⁷⁹⁸ se muestra igualmente partidaria de esta tesis sobre la base de considerar que el aportante del terreno posee algo más que un derecho de crédito aunque, sin embargo, no pueda llegar a sostenerse que llegue adquirir un derecho real sobre una cosa inexistente sobre la que no puede ejercitarse ningún poder directo e inmediato. Sin embargo, el *ius ad rem*, aunque no es en puridad un derecho real, sí cuenta con «cierta trascendencia real», debiendo considerarse que el cedente se ha desprendido del suelo desde el primer momento para otorgarle en base a este extremo una preferencia que no tendría si gozara de un mero derecho de crédito.

Idéntica postura es la que parece deducirse en el estudio que efectúa RICO MORALES⁷⁹⁹ al texto del art. 13 RH —el cual será examinado en el capítulo—, atribuido por el RD 1867/1998, entendiendo que la figura de cesión de suelo por vuelo que se estableció en dicha norma es de derecho dispositivo para las partes contratantes, quienes podían establecer el pacto de configurar el derecho del cedente como real u obligacional. Si se decantaban por la primera opción, se permitían pactos en cuanto a la facultad de otorgar la escritura de división horizontal y también en relación a la disposición de los inmuebles que serían objeto de la contraprestación. Por lo que aquí interesa resaltar, el autor entiende que del texto del precepto reformado por el RD 1867/1998 se desprende que, de optar las partes por configurar el derecho del aportante como derecho real, además de observar que aparecía una «especie de anticipo de la división horizontal» y de reflexionar sobre la «comunidad especial» consignada en el texto, existía transmisión actual de los pisos o locales a construir pero, por ser carecer la cosa futura de existencia real en el presente sólo podría tenerse «un derecho expectante

⁷⁹⁸ NÚÑEZ MUÑIZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 127.

⁷⁹⁹ RICO MORALES, Nicolás: ob. cit., págs. 7 y 8, para quien la transmisión del solar es actual y, por otro lado, se crea un derecho sobre departamentos futuros que es una obligación de entrega de los mismos o a lo más, un *ius ad rem*.

sobre dichos pisos», derecho que se convertiría en derecho de propiedad desde que se inscribiera la propiedad horizontal.

V. POSIBILIDAD DE CONSTANCIA REGISTRAL. ANOTACIÓN PREVENTIVA

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN⁸⁰⁰ señalan como objeto de «resurrección» de esta figura los supuestos en los que la perfecta constitución de un derecho real inmobiliario o su plena eficacia requieren la inscripción en el Registro de la Propiedad, y cuando tal inscripción no se ha podido llevar a cabo por cualquier causa —aluden al caso de defectos formales en la documentación presentada ante el Registro—, hay un «derecho real en vías de inscripción», que puede ser protegido de manera provisional mediante un asiento especial: la anotación preventiva. Advierten de que no existe todavía un derecho real porque carece de inscripción pero sí puede apreciarse una «vocación al derecho real», haciendo las veces de «preinscripción» la referida anotación preventiva.

Sin protección tabular, aun con las limitaciones que establecía la anterior redacción del art. 10 LH⁸⁰¹ y el art. 51.6 RH, surgirán extremas dificultades para el inicial propietario del suelo a la hora de probar la existencia de un derecho de mejor calidad que el de los terceros que intenten menoscabar el patrimonio del constructor-cesionario. Con independencia del valor jurídico que se le atribuya, lo cierto es que, al menos de manera indiciaria, permitirá dotar de mayor credibilidad a la tercería de dominio que, en su caso, pudiera ser necesario entablar así como acreditar la mala fe de terceros adquirentes, por conocimiento, siquiera testimonial, de los derechos del cedente en el Registro de la Propiedad.

⁸⁰⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 45.

⁸⁰¹ La redacción del art. 10 LH ha sido modificada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la LH aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por RDL1/2004, de 5 de marzo.

Cabe destacar la opinión de ARNÁIZ EGUREN⁸⁰² quien viene a distinguir, por un lado, una «titularidad interina» del cesionario sobre el solar sujeta a determinadas limitaciones y, por otro, una «titularidad de pendencia» del cedente que crea una cotitularidad condicionada a la verificación de la edificación o, cuanto menos, a la constitución de la propiedad horizontal, calificando como tal a la situación generada. Esta tesis ya fue anticipada por GARCÍA-BERNARDO LANDETA⁸⁰³, admitiendo la posibilidad de que promotor y dueño del solar configuraran su relación jurídica en el marco de los derechos reales. En este sentido, el adquirente del solar concede al anterior dueño del mismo una «titularidad preventiva» sobre la obra futura, repercutiendo también la propiedad del solar que desde ese momento pasa a ser copropiedad pero sin estar tutelada por una titularidad definitiva ya que ésta se adquirirá automáticamente cuando se construyan los pisos o locales pactados.

En idénticos términos viene a posicionarse MERINO HERNÁNDEZ⁸⁰⁴ —como se vio al tratar la teoría de la transmisión diferida de la propiedad—, abogando porque el derecho del cedente tenga reflejo registral de algún modo, de tal forma que, una vez el edificio esté concluido y como consecuencia de la transmisión diferida del dominio pactada por los contratantes en la primitiva escritura de permuta, quede registrada la propiedad del cedente sobre los departamentos convenidos, y todo ello sin necesidad de una nueva escritura que haga las veces de «modo» transmisivo. De hecho, este autor es consciente de que el ordenamiento jurídico carece de un mecanismo registral que posibilite la inscripción de los pisos o locales futuros a favor del cedente del suelo. Ahora bien, —argumenta— no por ello hay que obviar el derecho del aportante del solar y «quizá el procedimiento registral adecuado hoy sea el de una anotación preventiva al margen, bien de la inscripción del solar adquirido por el constructor, bien incluso en la de la obra nueva en construcción, si ésta es declarada». Una vez finalizada la obra sería suficiente con inscribir la obra y nueva y propiedad horizontal del edificio o el certificado final de obra si la obra nueva se declara en construcción, para que el

⁸⁰² ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “Urbanismo...”, ob. cit., pág. 105.

⁸⁰³ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Piso futuro y viviendas acogidas”, en *RCDI*, nº 478, mayo-junio 1970, pág. 743.

⁸⁰⁴ MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: ob. cit., pág. 357.

registrador efectúe la inscripción de los pisos o locales a favor del permutante adquirente de los mismos.

A favor se pronuncia igualmente NÚÑEZ MUÑOZ⁸⁰⁵ exponiendo cómo debería de procederse en estos casos: en primer lugar, otorgar escritura pública transmitiendo el solar al cesionario con objeto de que se inscriba en el Registro de la Propiedad —previa redacción del proyecto y obtención de las licencias administrativas pertinentes—; seguidamente, constituir el régimen de propiedad horizontal y, «por medio de una anotación preventiva, hacer constar el *ius ad rem*, es decir, una titularidad con cierta trascendencia real a favor del cedente del solar respecto de los pisos que se hubiese pactado que se le entregase como contraprestación, para lo cual será necesario la perfecta identificación de los mismos». Se trataría de una especie de reserva a favor del aportante, impidiendo que, mientras estuviese en vigor la anotación, los gravámenes posteriores que el constructor quisiera establecer sobre el edificio no le afectasen. Cuando la obra se hubiera concluido y mediando la tradición, la titularidad provisional objeto de protección se transformaría en definitiva, esto es, en un *ius in re*.

Un caso práctico que resulta elocuente se observa en la RDGRN de 24 de junio de 2009⁸⁰⁶, en la que se resuelve un recurso interpuesto frente a la nota de calificación del registrador de la propiedad, por la que se denegaba la inscripción de una anotación de embargo ordenada en un procedimiento de la jurisdicción de lo Social y en la que el Centro Directivo considera que, efectivamente, el derecho de los cedentes es un *ius ad rem*.

En concreto, la resolución judicial consistía en un Auto del Juzgado de lo Social nº 9 de Sevilla, de 15 de abril de 2008, ordenando el embargo de los derechos que pudieran corresponder a los deudores sobre dos viviendas unifamiliares a construir en la

⁸⁰⁵ NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., págs. 129 a 131, concluyendo «¿qué diferencia existe entre esta aportación y, por un ejemplo un crédito refaccionario? Ciertamente que la idea de crédito nos sugiere una entrega efectiva de dinero que en este caso no existe, pero también es verdad que con la aportación del suelo el constructor se evita un desembolso importante al no tener que comprar el terreno, y en este sentido no veo por qué no puede reconocerse la existencia de un derecho que, sin ser real, pueda tener acceso al Registro y sujete los pisos convenidos, a medida que se vayan construyendo, a favor del cedente, impidiendo así que puedan ser hipotecados, embargados o vendidos a una tercera persona por el constructor burlando los derechos del aportante».

⁸⁰⁶ JUR 2009, 337112.

edificación proyectada sobre el solar por ellos cedidos en virtud de permuta por obra futura.

Por su parte, el registrador, dentro de su nota de calificación en el asiento de presentación de la escritura de permuta por obra futura, invocando el art. 13 RH, manifiesta que: «el derecho de obra futura no es objeto de inscripción, al haberse pactado como meramente obligacional». De hecho, sobre el solar se practicó la división horizontal en cuatro departamentos independientes, figurando la propiedad de los mismos a nombre de persona distinta de los demandados.

El acreedor de los cedentes recurrió la decisión del registrador argumentando que tanto la escritura de permuta como la de obra nueva y división horizontal habían sido inscritas en el Registro de la Propiedad, institución que no puede dar la espalda a la realidad social, afirmando que: «el derecho de los embargados no es ya un derecho sobre obra futura, ya que desde la inscripción de la obra nueva y división horizontal las dos viviendas que se deben entregar como contraprestación a la cesión del solar constituyen fincas independientes susceptibles de entrar en posesión de los deudores. El derecho de éstos sobre las viviendas es un *ius ad rem*. La transmisión de un inmueble exige título y modo, y en este caso el título es la escritura de permuta y el modo la entrega de llaves que ya se ha efectuado».

La decisión que consta en los Fundamentos de Derecho de la RDGRN viene a concluir que en el presente supuesto de hecho fueron las partes las que configuraron la contraprestación como un simple derecho personal y, aun reconociendo que los cedentes poseen un *ius ad rem*, no es susceptible de anotación preventiva de embargo a su favor:

2. Este Centro Directivo ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de configurar la permuta de solar sobre obra futura, tanto con carácter obligacional, como con eficacia real determinante de la transmisión actual de los pisos y locales en el edificio a construir en la medida que se genere una comunidad sobre el solar, y siempre que la escritura pública de permuta determine la transmisión actual, pues en tal caso equivale a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical (cfr. Artículo 1462 Código Civil). [...].

4. Sin embargo, en el supuesto de hecho de este expediente, tanto el registrador como el recurrente coinciden en que la contraprestación en la permuta de solar por obra futura se configuró como meramente obligacional, de manera que las fincas resultantes de la división horizontal aún se encuentran inscritas en su totalidad a favor del cesionario del solar, sin que figure derecho alguno de carácter real en favor de los cedentes del solar —ahora deudores embargados—.

5. [...] Por eso, aunque tiene razón el recurrente en que los deudores embargados tienen un *ius ad rem* sobre los elementos a entregar, no constituye todavía el derecho sobre ellos un derecho susceptible de anotación preventiva de embargo (cfr. Artículo 42.1 Ley Hipotecaria).

VI. CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL *IUS AD REM*

Los autores que no aceptan la existencia de esta vocación al derecho real o categoría intermedia entre el derecho de crédito y el derecho real se amparan fundamentalmente en la circunstancia de que en el ordenamiento jurídico español no se reconoce expresamente esta categoría, lo que les lleva a concluir que el cedente del suelo no pasa de ostentar un derecho de crédito para reclamar la obra futura.

Entre la doctrina que se opone a esta tesis cabe destacar a ZURITA MARTÍN⁸⁰⁷ para quien el *ius ad rem* es una simple situación transitoria que no aporta nada nuevo al conjunto de facultades del propietario del suelo, por ser el mismo exclusivamente titular de un derecho de crédito. Idéntica conclusión alcanza LÓPEZ FRÍAS sosteniendo que aunque se denomine *ius ad rem* al derecho que posee el cedente antes de que opere la tradición, «no cambiará en nada si la situación ni los medios de defensa que dicho sujeto tiene a su alcance como titular de un derecho personal».

ZURITA MARTÍN⁸⁰⁸ —criticando por duplicado la articulación de la titularidad preventiva y la teoría del *ius ad rem*— sostiene que el problema de esta concepción

⁸⁰⁷ ZURITA MARTÍN, Isabel: “El contrato de aportación...”, ob. cit., pág. 50. La misma autora en su obra: “Protección jurídica del aportante de solar...”, ob. cit., pág. 1890, reseñando que el *ius ad rem* no da solución a la problemática del cedente del solar encontrándose en la misma situación «que la que le concede el más simple derecho de crédito».

⁸⁰⁸ ZURITA MARTÍN, Isabel: “Protección jurídica del aportante...”, ob. cit., pág. 1889.

radica en el hecho de que aunque se considere que el derecho del *tradens* es superior a un simple derecho, carece de toda virtualidad práctica porque no atribuye facultades conocidas a su titular.

También RUDA GONZÁLEZ⁸⁰⁹ critica esta concepción apostillando que no ha servido nunca para crear una excepción a la teoría del título y el modo sino que, a lo sumo, serviría para explicar mejor la misma en los supuestos de dobleventa, a lo que añadiría que se trata de una figura que el Derecho comparado ha ido desterrando.

Por su parte, PLANA ARNALDOS⁸¹⁰ defiende que en nuestro ordenamiento jurídico no tiene virtualidad práctica alguna el *ius ad rem* al no ser factible su oponibilidad *erga omnes*.

⁸⁰⁹ RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión...*, ob. cit., págs. 227 y 228.

⁸¹⁰ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 158.

PARTE IV

**ANÁLISIS DE LA POSIBILIDAD DE DEFENDER LA
EXISTENCIA DE UN DERECHO REAL SOBRE
INMUEBLES FUTUROS**

CAPÍTULOS XV A XVI

CAPÍTULO XV

POSIBILIDAD DE DEFENDER UN DERECHO REAL SOBRE UNA COSA FUTURA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPCIÓN TRADICIONAL. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO DE CRÉDITO Y DERECHO REAL.- II.1. Definición y requisitos.- II.2. Dificultades en la configuración de ambos derechos
- III. SISTEMAS *NUMERUS CLAUSUS* O *NUMERUS APERTUS* DE DERECHOS REALES.- III.1. Introducción.- III.2. Sistema de *numerus clausus* de derechos reales.- III.2.1. Definición.- III.2.2. Ventajas del sistema de *numerus clausus*.- III.2.3. Inconvenientes del sistema de *numerus clausus*.- III.3. *Numerus apertus*.- III.3.1. Definición.- III.3.2. Ventajas del sistema de *numerus apertus*.- III.3.3. Inconvenientes del sistema de *numerus apertus*
- IV. ¿ES POSIBLE UN DERECHO REAL SOBRE COSA FUTURA?.- IV.1. Planteamiento.- IV.2. ¿Qué se entiende por «cosa futura»?.- IV.3. Validez de los contratos sobre objeto futuro.- IV.3.1. La contratación sobre objeto futuro en la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS
- V. RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Una de las incógnitas a despejar en este estudio es determinar si el cedente del solar, habida cuenta la precaria situación en la que se coloca desde que suscribe el contrato de permuta hasta la recepción de la contraprestación pactada, ostenta un derecho real sobre la edificación futura o posee un mero derecho personal para exigir al cesionario la entrega de la misma. Huelga decir que la protección que deriva de una u otra consideración del derecho es considerablemente dispar. Por ende, una de las principales dificultades existentes para fundamentar la transmisión simultánea de la edificación futura al firmar la escritura pública de permuta, dada la inexistencia física y

tangible de la misma en ese concreto momento, es si, efectivamente, es aceptable y defendible un derecho real sobre tal cosa futura.

Este capítulo se inicia con la clásica distinción entre derecho real y derecho de crédito con objeto de certificar hasta qué punto alcanza la rigidez de los conceptos tradicionales así como verificar si existen zonas de intersección entre ambos derechos subjetivos que permitan atemperar la teoría clásica y de la que se alimentan el derecho real y el derecho de crédito.

Seguidamente, al hilo de lo anterior, se atenderá al hecho de cómo adquiere una importancia relevante la posibilidad de argüir nuevas fórmulas más favorables para el cedente del solar al amparo de un sistema de *numerus apertus* de derechos reales como el instaurado en el ordenamiento jurídico español, previa definición y determinación de los límites del mismo. En efecto, la delicada situación en la que queda el anterior propietario del suelo una vez transmite el mismo al constructor ha motivado que la doctrina se cuestione si puede modelarse o esculpirse un derecho real *ad hoc* que fortalezca el período de incertidumbre que envuelve a la figura del cedente hasta que recibe la contraprestación acordada.

No obstante, con la finalidad de gozar de una perspectiva global y poder confrontar con objetividad todos los aspectos controvertidos, resulta obligado detenerse en el examen de las características que integran el sistema opuesto, el de *numerus clausus* de derechos reales. Este sistema se caracteriza por la fijación de una tipología concreta de los mismos que impide la creación de otros derechos reales nuevos. No obstante, se podrá comprobar que, finalmente, el hermetismo predicado por esta concepción de *numerus clausus* no es absoluto, permitiéndose algún complemento adicional.

En esencia, el derecho de propiedad, como clave de bóveda de los derechos reales en general y, en concreto, sobre las futuras piezas de edificación pactadas como contraprestación en el contrato que se estudia, se convierte en el faro cuya búsqueda por

parte del cedente del solar será de extrema importancia. Cuanto más alejada se encuentre la adquisición del dominio de la edificación futura de la previa transmisión al cesionario del solar sobre la que aquélla se asentará, mayor será la desprotección del aportante. Conviene no olvidar que, históricamente, la diferente concepción del derecho de propiedad y la protección dispensada al mismo, siempre ha generado convulsiones y enfrentamientos⁸¹¹. No es baladí el marco jurídico actual de protección de la propiedad privada consagrada en la CE, con apoyo en una cultura de propiedad acendrada en la práctica generalidad de la población⁸¹² y que económicamente derivará en su fomento y correlativa salvaguarda.

Ahora bien, con ser sumamente trascendente el análisis de lo anteriormente expuesto, no se debe perder la perspectiva respecto a que la verdadera fortaleza del hipotético derecho real que pueda corresponder al cedente del solar sobre la obra futura vendrá garantizada cuando acceda al Registro de la Propiedad y sea oponible *erga omnes* y no sólo por la ostentación del mismo propiamente dicha⁸¹³. Sin embargo, siendo cierto lo anterior, también lo es que en Derecho español la inscripción registral no es constitutiva —fuera de los supuestos previstos *ex lege*— y, por consiguiente, la certeza de la entrega de la cosa futura legitimará al cedente para ejercitar con solvencia

⁸¹¹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Roberto: “El concepto del derecho real y el usufructo”, en *RCDI*, nº 65, mayo 1930, pág. 343, sostiene que «la fuerza interna, que legitima la existencia de derechos sobre las cosas, es su contenido económico. Si el contenido económico es de escasa trascendencia, la protección que debe otorgársele será menor». Viene a añadir este autor que las defensas que han de constituirse en aras de defender los derechos reales van conectadas a la extensión del sustrato económico de las facultades de tales derechos, encontrándose en la cima de la escala el derecho de propiedad como el «más completo económica y jurídicamente». REINA TARTIÈRE, Gabriel de la: “Sobre el análisis económico en materia de derechos reales: apreciaciones básicas desde el sistema argentino”, en *RCDI*, nº 721, septiembre 2010, pág. 2668, expone con acierto que «detrás de cada gran cambio social, cada transformación política, latiría una distinta y macerada concepción de la propiedad». Por su parte, MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal: “Derecho de propiedad y derecho a edificar”, en *RCDI*, nº 683, mayo-junio 2004, pág. 1447, apunta que el derecho de propiedad evoluciona con el tiempo, variando su contenido y función según las circunstancias históricas y según la ideología imperante. Es un derecho que se modaliza o adapta al momento histórico concreto.

⁸¹² El art. 33.1 CE reconoce «el derecho a la propiedad privada y a la herencia». Sin embargo, aunque pudiera parecer lo contrario, lo cierto es que la inclinación de la población por gozar de la propiedad inmobiliaria frente al recurso al arrendamiento se vislumbra en España con posterioridad a la Guerra Civil española. Así, CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “Modalidades en la constitución...”, ob. cit., págs. 148 y 149. La misma afirmación es vertida por DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI. Derechos Reales*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 95, describiendo que hasta el final de la Guerra Civil, e incluso algunos años después, «la costumbre inveterada en nuestro país era la disponibilidad de las viviendas por medio de contratos de arrendamiento». También se hace eco de este aspecto RODRÍGUEZ-GARCÍA, Carlos Javier: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 127, constatando el hecho de que la necesidad de tener vivienda propia no estaba en consonancia con las posibilidades económicas de los ciudadanos, construyéndose más para arrendar que para vender a fin de atender más a la demanda de la clase media y obrera, sin motivaciones psicológicas «de ser propietarios de su propio hogar». Es a partir del primer cuarto del siglo XX cuando el panorama se invierte debido al crecimiento de las ciudades por la emigración proveniente de áreas rurales.

⁸¹³ Prevención señalada por PLANA ARNALDOS, Mª Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., págs. 165 y 166, advirtiendo que, de admitirse que el cedente posee un derecho real desde que se celebra el contrato de cesión de solar, únicamente queda protegido de embargos de los acreedores del constructor pero su derecho no aparece incólume frente a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, salvo que su derecho acceda al Registro de la Propiedad. De ahí que asevere que: «en realidad, una vez que se logra esta constancia, da igual admitir o no el efecto traditorio de la escritura de cesión de solar o de compraventa de piso futuro porque de este modo será el juego de los principios registrales lo que proteja la situación del cedente y su derecho sobre los inmuebles frente a terceros».

una acción de tercería de dominio, la cual estaría abocada al más absoluto fracaso de no entenderse entregado, inmediata o mediatamente, el objeto del contrato al tercerista.

De ahí la utilidad que atesora el concepto de «cosa futura» para el resultado final de la presente investigación. Así, una vez efectuado el repaso a los extremos señalados se estará en disposición de trasladar al contrato de aportación de solar por obra futura todos aquellos parabienes que sirvan de apoyo a la posible elaboración de una tesis más garantista y proteccionista para el *dominus* del suelo exponiendo los resultados que parezcan más acordes.

II. CONCEPCIÓN TRADICIONAL. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO DE CRÉDITO Y DERECHO REAL

II.1. Definición y requisitos

Tradicionalmente se han venido distinguiendo los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos de crédito. Por lo que respecta al derecho real, tradicionalmente se ha definido⁸¹⁴ —pese a no existir un concepto legal del mismo⁸¹⁵—

⁸¹⁴ Véase CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo II: Derecho de cosas. Volumen 1: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión, 14ª edición revisada por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1992; PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol. I, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1994; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil. Propiedad y derechos de goce*, Tomo 4, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010 y *Principios de Derecho Civil. Derechos reales y Derecho hipotecario*, Tomo 5, 8ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Compendio...*, ob. cit., pág. 322: «el poder directo e inmediato sobre una cosa, que concede a su titular un señorío pleno (propiedad), o parcial sobre aquélla, de forma que en el ámbito de poder concedido (que varía según el derecho real que sea), tiene la cosa sometida a su dominación». DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 39, sostienen que la doctrina clásica ve el derecho real como un poder directo e inmediato que se ejerce sobre la cosa, y que genera una relación directa con la misma. En cambio, en el derecho de crédito existe una relación entre dos personas, ostentando una de ellas el poder de exigir de otra la realización de una prestación. El interés de una persona se satisface por la prestación que otra realiza en su favor, esto es, necesita la cooperación de un tercero. Sin embargo, en el derecho real, el titular satisface directa e inmediatamente su interés mediante el ejercicio de sus poderes sobre la cosa, sin necesidad de cooperación externa. Para la doctrina clásica, el derecho real se caracteriza por su poder absoluto, por su oponibilidad *erga omnes*, pudiendo hacerse valer incluso coactivamente. El derecho de crédito sólo puede reclamarse frente al obligado a cumplir la prestación pactada. También *MEMENTO INMOBILIARIO 2007-2008*, Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 9 y CASTRO VITORES, Germán de: *La obligación real en el Derecho de Bienes*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1999, pág. 20, reflejando que «el tratado de los derechos reales constituye el núcleo básico del Derecho de Bienes, un conjunto de técnicas a disposición de las personas para el reparto de las cosas y sus utilidades. Integrando el patrimonio personal, una serie de posibilidades de derecho implican un poder protegido de utilización de una cosa del mundo exterior».

⁸¹⁵ ALONSO CASADO, José: ob. cit., pág. 1821. Acerca de la dificultad de discernir sobre si un acto o contrato tiene o no trascendencia real afirma que: «la Ley, se desentiende de dar el concepto de los derechos reales y no hay en todo el Derecho positivo norma alguna que permita distinguirlos con un criterio de fijeza».

como aquel que confiere a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, oponible *erga omnes* y sin necesidad de ulterior actuación o colaboración de un tercero para hacerlo valer, actuando el propio ordenamiento jurídico como garante del acreedor⁸¹⁶.

Por consiguiente, de la definición clásica de los derechos reales se desprenden los consabidos requisitos de «inmediatividad» y de «absolutividad» que caracterizan a los mismos⁸¹⁷.

Con respecto a las referidas características, con generalidad se conviene en distinguir una esfera o aspecto «interno» reflejado en la directa e inmediata relación con la cosa objeto del derecho real y una esfera o aspecto «externo» identificado con el carácter exclusivo y excluyente del que goza su titular así como por la reipersecutoriedad⁸¹⁸.

⁸¹⁶ CASTRO VITORES, Germán de: ob. cit., pág. 21.

⁸¹⁷ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos... III*, ob. cit., págs. 81 y 82, define el derecho real como un «determinado tipo de derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole un poder directo e inmediato sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación con los terceros, entendiendo por terceros a los posibles adquirentes de la cosa y a las demás personas que se encuentren en relación con ella». GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: “Los derechos reales administrativos”, en *RCDI*, nº 346-347, marzo-abril 1957, pág. 149. Para este jurista los derechos reales suponen: el reconocimiento de un poder inmediato sobre un objeto, que, por ello, queda jurídicamente vinculado al sujeto. ARRUÑADA SÁNCHEZ, Benito: *La contratación de derechos de propiedad: Un análisis económico*, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2004, pág. 12, en clave de análisis económico del Derecho, concluye que los derechos reales son aquellos que el sistema jurídico hace recaer sobre un bien, sin que se vean modificados por una eventual transacción. Se dice así que «van con la cosa», conociéndose tal cualidad como «reipersecutoriedad». También el mismo autor en su obra: *La contratación de derechos de propiedad: Un análisis económico*, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2004, pág. 12. Por su parte, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Roberto: ob. cit., págs. 341 y 342, determina que la obligación es producto de la elaboración y de la construcción frente al derecho real que obedece a la naturaleza de las cosas y de la vida en general. El aprovechamiento de las cosas «exige como antecedente indispensable el establecimiento de una relación inmediata del hombre con tales objetos». Esta posición de «aprovechamiento directo» es lo que caracteriza al derecho real en su lado interno, mientras que por el externo le da fisonomía propia el ser exclusivo y excluyente.

⁸¹⁸ REINA TARTIÈRE, Gabriel de la: “Los derechos reales administrativos: fundamentos de una categoría”, en *RCDI*, nº 714, julio-agosto 2009, pág. 1692, considera que «en el derecho real cabe observar dos aspectos que funcionan simétricamente: el aspecto interno o intermediación y el externo o absolutividad. A partir de su análisis conjunto, el derecho real se define como esa clase de derecho patrimonial que confiere un poder inmediato sobre la cosa, a resultas del cual ésta queda plena o limitadamente afectada al interés de su titular, debiendo el resto de la comunidad abstenerse de perjudicar su disfrute o impedir su ejercicio». Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., págs. 41 y 42, en cuanto a esta controversia, señalan que junto a lo que comúnmente se entiende como teoría clásica, existen otras dos corrientes: por un lado, las doctrinas que niegan toda distinción entre derecho real y derecho personal y, por otro, una serie de doctrinas eclécticas. La primera de ellas niega que exista distinción alguna entre derecho real y derecho de crédito. Para sus seguidores no existiría derecho respecto a unos bienes porque el derecho es poder de exigir a otro una determinada conducta que procura la satisfacción del interés de su titular. En los derechos reales, es cierto que una persona posee un monopolio de goce o utilización de la cosa pero porque se imponen a los terceros conductas de abstención de esas mismas actividades respecto de aquella cosa, conductas que pueden serles exigidas por el titular del presunto derecho real. Por su parte, las doctrinas eclécticas, las cuales, distinguen en el derecho real dos aspectos: el interno y el externo. El interno se refiere al poder directo e inmediato del hombre con la cosa, mientras que el externo alude a la obligación pasiva universal por la que los terceros han de abstenerse de toda perturbación de aquella situación jurídica. También SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Roberto: ob. cit., pág. 343.

Por el contrario, el derecho de crédito confiere al acreedor la facultad de exigir al deudor una conducta con contenido patrimonial: la prestación. Para DÍEZ-PICAZO⁸¹⁹ es toda situación de poder, tanto económico como social, que el ordenamiento jurídico concede al acreedor para la tutela y logro de su interés.

En el derecho de crédito, el poder que ostenta el acreedor es «mediato» debido a que el ordenamiento jurídico no le garantiza directamente la consecución del bien sino que requiere que el deudor lleve a cabo una determinada actividad. Este derecho también es «relativo» en el sentido de que sólo puede ejercitarse frente a la persona del deudor⁸²⁰, exigiéndole llevar a cabo un comportamiento tendente a su satisfacción⁸²¹. De hecho, de una lectura *sensu contrario*, el derecho de crédito, al tener vigencia exclusivamente *inter partes*, conforme al principio de relatividad de los contratos consagrado por el art. 1257 CC —con las excepciones previstas legalmente—, sólo podrá ser objeto de agresión por la otra parte contratante; por contra, el derecho real puede ser lesionado por cualquier tercero aunque la defensa del mismo se extiende *erga omnes*, siendo este extremo el que da vigor y superlativa protección a estos derechos.

Ahora bien, aunque es abrumadoramente mayoritaria la doctrina que atiende a los dos requisitos antes citados, también existen autores como PEÑA LÓPEZ⁸²² que critican la caracterización de los derechos reales por su inmediatividad y absolutividad frente a los derechos personales. En relación con la primera característica, considera a la

⁸¹⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “El contenido de la relación obligatoria”, en *ADC*, 1964, fascículo II, págs. 351 a 353. Este jurista deja patente que definir exclusivamente el derecho de crédito como el derecho del acreedor a exigir la prestación es reducir y estrechar excesivamente su problemática.

⁸²⁰ GIORGIANNI, Michele: “Los derechos reales”, en *RCDI*, nº 458, enero-febrero 1967, pág. 9.

⁸²¹ Es éste buen momento para poner de manifiesto la existencia de una categoría especial de derechos reales: los derechos reales administrativos. Se considera que incluso en relaciones jurídicas en las que es parte la Administración Pública existen derechos atribuidos a un sujeto sobre una cosa que reúnen las características o requisitos de los derechos reales. En la actualidad, el derecho real administrativo que puede verse de forma más evidente y así lo contempla la propia normativa legal es la concesión de obras públicas. Véase el art. 97 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas, el cual dispone: *1. El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. 2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta Ley, los derechos y obligaciones del propietario.* Para profundizar en esta específica categoría véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: ob. cit., págs. 145 a 183 y DE LA REINA TARTIÈRE, Gabriel: “Los derechos reales administrativos...”, ob. cit., págs. 1669 a 1714.

⁸²² PEÑA LÓPEZ, José M^a: *Concepto del derecho real (Revisión crítica de su caracterización en la doctrina moderna)*, Tórculo Ediciones, 2ª edición, Santiago de Compostela, 2009, págs. 18 a 20. Suscribe este autor que el error que proclama encuentra su origen en tomar como modelo para caracterizar los derechos reales frente a los de crédito, los de la propiedad *versus* relaciones obligatorias. Propone indagar las notas comunes que puedan existir en todos los derechos reales y no únicamente en los de propiedad, considerando clave la explicación del régimen jurídico de los mismos por la nota de la reipersecutoriedad, como inherencia o adherencia a la cosa.

misma como perturbadora por conducir a zonas híbridas o intermedias; en cuanto a la segunda, conduce al absurdo de que el ordenamiento jurídico «esquizofrénicamente» — según sus propias palabras— se desentienda de la protección de intereses por él tutelados cuando son dañados por terceros, violando el art. 10 CE.

DÍEZ-PICAZO⁸²³ estima igualmente que el derecho de crédito, considerado como bien patrimonial, entra a formar parte del tráfico económico. El acreedor puede disponer de él como si se tratara de cualquier otro derecho patrimonial. Incluso puede decirse que el poder del acreedor no es sólo frente al propio deudor sino frente a terceros como sucede en la defensa que se plantea en las situaciones de prelación de créditos.

II.2. Dificultades en la configuración de ambos derechos

Las diferencias entre el derecho real y el derecho de crédito han sido puestas de manifiesto en el apartado anterior, viéndose una nítida separación entre los requisitos que aglutinan uno y otro derecho subjetivo. No obstante, pese a que la distinción anterior entre derechos reales y derechos personales es la predominante⁸²⁴, la doctrina científica no siempre ha tomado la misma como punto de partida. Ya advertía SÁNCHEZ JIMÉNEZ⁸²⁵ que cualquier investigación que tenga por objeto el derecho real, ya sea total

⁸²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “El contenido...”, ob. cit., págs. 353 y 359.

⁸²⁴ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: “Evolución y alcance de la división de los derechos en reales y personales”, en *RCDI*, nº 82, octubre 1931, pág. 749, recogía que cien años antes, es decir, en el primer tercio del siglo XIX, «la doctrina romanista dominante en la Europa culta admitía como un artículo de fe la separación radical de los derechos patrimoniales en reales y personales, colocando a las dos especies en los polos opuestos del Ordenamiento jurídico».

⁸²⁵ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Roberto: ob. cit., págs. 336 a 340, apuntaba que la Teoría General de la obligación aparece perfectamente construida desde el Derecho romano, donde únicamente se encontraban ensayos más o menos afortunados pero sin la solidez necesaria para considerar a la cuestión como «pacífica y completa». De hecho, considera a su propio estudio como una tentativa más al respecto. Viene a manifestar que ni en aquellos sistemas en los que se ha aceptado la distinción entre derecho personal y derecho real se ha mostrado pacífica la conceptualización y que en la práctica se encuentran figuras parecidas al llamado *ius ad rem* medieval que es una mixtura entre el *ius in re* y el *ius in persona*, los cuales expresan la incertidumbre de cada grupo de instituciones. Acude al ejemplo de la prenda y de la hipoteca ya que se han utilizado para configurar fórmulas tan rebuscadas y tan poco satisfactorias —prosigue—, como la de «derecho real de crédito» y los tipos de cargas reales, obligaciones *propter rem* u obligaciones reales (derechos reales *in faciendo*), como el censo. Idéntica afirmación encontramos en GIORGIANNI, Michele: ob. cit., pág. 10, incidiendo en las dificultades que encuentra la doctrina dominante para catalogar en una u otra categoría determinadas situaciones particulares: obligaciones *propter rem* o cargas reales, al encontrarse con una mezcla de caracteres del derecho real y del derecho de crédito. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Compendio...*, ob. cit., pág. 322, responde a la distinción tradicional de que el derecho de crédito tiene por objeto la conducta de otra persona mientras que el derecho real tiene por objeto una cosa. Ahora bien, reconoce que los derechos de crédito pueden conminar a realizar conductas sobre las cosas pero no hay poder directo del titular sobre la cosa sino exclusivamente sobre la conducta del otro obligado, quien le proporcionará la cosa al efectuar la prestación a la que está compelido; es entonces, a partir de la entrega de la cosa cuando se adquiere el derecho real sobre la cosa, extinguiéndose el derecho de crédito. Diferencia, por ende, entre «derecho a la cosa» y «derecho en la cosa». Véase asimismo ESPINAR LAFUENTE, Francisco: *Sobre la distinción entre derechos reales y obligaciones*, Reus, Madrid, 1962 y FAIRÉN MARTÍNEZ, Manuel: “Derechos reales y de crédito”, en *RDN*, enero-marzo 1959.

o parcialmente, se encontrará necesariamente con dificultades «de tipo insuperable, a causa de la incertidumbre y de la vaguedad de los conceptos fundamentales». En cambio, la obligación —a su juicio— tiene una «resonancia definida y concreta» pero el derecho real no «despierta todavía más que una interrogación». La obligación aparece perfecta en su contenido y fundamento, tanto desde un punto de vista interno como externo, mientras que el derecho real, hasta que no quede fijado el tipo de referencia, no puede ser más que «frente a terceros, una relación directa sobre la cosa».

Contemporáneo al anterior tratadista se expresa con la misma semblanza GONZÁLEZ MARTÍNEZ⁸²⁶ aludiendo al hecho de que frente a la clásica distinción entre derecho personal y derecho real, en la práctica se muestra la realidad que describe el autor tan gráficamente: «la ciencia se empeña en elevar barreras que la naturaleza destruye, o dicho en términos menos pesimistas, la técnica construye edificios que el progreso parece amenazar de ruina al mejorarlos, y la estructura del derecho patrimonial, que descansaba tan sólidamente en la apuntada distinción, se vio seriamente comprometida cuando los jurisconsultos, recogiendo la idea expresada por KANT sobre la imposibilidad de que el derecho sometiese a las cosas, en vez de obligar a las personas, se apresuraron a negar las diferencias características de propiedad y obligación».

AMORÓS GUARDIOLA⁸²⁷, en un trabajo publicado en 1962, sostiene que la línea de separación entre ambas categorías resulta muchas veces «difícilmente perceptible» porque ni es cierto que se inscriban exclusivamente los derechos reales, ni tampoco puede defenderse que todo derecho inscrito produzca efectos reales.

También GIORGIANNI⁸²⁸ consideraba que la distinción de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos de obligaciones se encontraba «anticuada» en la forma que comúnmente se define, evidenciándose la dificultad que conlleva la

⁸²⁶ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: “Evolución y alcance...”, ob. cit., págs. 750 y 751.

⁸²⁷ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: “Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario”, en *ADC*, 1962, fascículo II, pág. 410.

⁸²⁸ GIORGIANNI, Michele: ob. cit., pág. 11.

referida distinción para dar encaje a nuevas situaciones aparecidas como consecuencia de las exigencias del tráfico moderno. Lo anterior desembocaría en la imposibilidad de clasificar los derechos única y exclusivamente en las dos categorías tradicionales, requiriéndose una revisión de las bases en las que se fundamentan el derecho real y el derecho personal en virtud de la evolución del sistema económico. Para este jurista, existe una «zona de frontera» entre los mismos, motivo por el cual disminuye en gran medida la importancia y valor de la distinción.

La alusión a estas zonas «comunes», «intermedias» o de «confluencia» entre los derechos reales y los derechos personales han sido objeto de atención por la doctrina científica. En este sentido, BETTI⁸²⁹ habla de «zona de confín» en la que el derecho personal se aproxima al real, lo mismo que ocurre a la inversa con las cargas reales.

VALLET DE GOYTISOLO⁸³⁰ destaca que el problema de fronteras entre el derecho real y el derecho de crédito no puede resolverse con precisión, llegando a concluir que la distinción clásica entre ambos derechos patrimoniales llega a ser una cuestión de «mera visibilidad». Se habla de derechos reales cuando se destaca más el aspecto activo que el pasivo de la relación jurídica y de derechos personales en el caso contrario, destacando la subjetividad del operador que interpreta como elemento que puede dar lugar a distorsiones.

También Díez-PICAZO Y GULLÓN⁸³¹ sostienen que para salvar la pureza del concepto se dice que aquellas situaciones en las que no existe un poder directo e inmediato sobre la cosa producen «efectos reales» frente a su calificación general como «derecho real». Defienden que con este subterfugio no se evita el relativismo existente en la distinción entre derecho real y derecho de crédito «porque pone de relieve que no serían como dos circuitos separados sino secantes entre los cuales hay una gran zona en

⁸²⁹ BETTI, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*, traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, págs. 10 y ss.

⁸³⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan: “Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral”, en *RCDI*, nº 392-393, pág. 171.

⁸³¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 43.

común (precisamente la más importante, los efectos frente a terceros de una situación jurídica), donde la diferenciación quiebra».

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA⁸³² también se decanta por establecer que no es clara la distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito pues existen derechos que implican un poder directo e inmediato sobre la cosa pero que no son oponibles *erga omnes*, poniendo como ejemplo el contrato de arrendamiento mientras no accede al Registro de la Propiedad. Además, por otro lado, existen derechos que son oponibles frente a terceros pero que carecen de inmediatidad, caso típico del derecho de opción. Su conclusión⁸³³ es que sería más adecuado hablar de situaciones jurídicas con oponibilidad frente a terceros y las que no la tienen, en lugar de la sempiterna distinción entre derecho real y derecho obligacional.

Por el contrario, PEÑA LÓPEZ⁸³⁴ observa que la distinción entre derechos reales y derechos de crédito es necesaria desde el punto de vista del Derecho positivo para poder saber en qué casos habrá que aplicar el régimen jurídico prescrito por el propio ordenamiento jurídico para uno u otro caso. Por consiguiente, entiende que resultarían insatisfactorias aquellas teorías que negaran tal distinción pero también las que crean zonas intermedias o «grises» (tales como el *ius ad rem*, las cargas reales o las servidumbres negativas) porque desembocarán en conclusiones absurdas.

Examinado lo anterior, en un trabajo más próximo en el tiempo, DE REINA TARTIÈRE⁸³⁵ asevera, en su análisis económico de los derechos reales frente a los derechos de crédito, que los primeros son «más fácilmente perjudicables por terceros dado que se asientan sobre bienes materiales que, como tales, pueden sustraerse o

⁸³² RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a Goñi: “La especialidad de los derechos reales como requisito civil y registral y su extensión a todas las situaciones jurídicas inscribibles”, en *RCDI*, n^o 699, enero-febrero 2007, pág. 314.

⁸³³ A esta conclusión habían llegado previamente Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Antonio Gullón Ballesteros: ob. cit., pág. 43, para quienes lo que se ha denominado noción tradicional de derecho real no capta por completo la realidad legislativa sino que son los criterios de política jurídica los que determinan las situaciones, tengan o no eficacia *erga omnes*, concluyendo que «seguramente fuese más útil y menos problemático hablar simplemente de situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a terceros y carentes de ella».

⁸³⁴ PEÑA LÓPEZ, José M^a: ob. cit., págs. 16 y 17.

⁸³⁵ DE REINA TARTIÈRE, Gabriel: “Sobre el análisis...”, ob. cit., págs. 2668 y ss.

menoscabarse sin requerir en absoluto de la concurrencia de quien alegue una titularidad sobre ellos». Ciertamente, se considera muy certero este engranaje que se efectúa del derecho real desde el punto de vista económico así como la sensible ampliación del horizonte de vulnerabilidad de los mismos por terceros, incluido aquéllos que no mantienen relación alguna con tales derechos.

Por consiguiente, después de repasar la opinión de una buena parte de la doctrina científica, abarcando desde los albores del siglo XX hasta la actualidad, lo cierto es que con el paso del tiempo queda difuminada una abrupta división entre derechos reales y derechos personales, motivado esencialmente por la aparición de nuevas figuras en el tráfico jurídico-económico que se nutren de características de ambos, revelándose la existencia de una zona intermedia que remedia la tensión de necesario encasillamiento en uno u otro derecho. Se observa que relaciones jurídicas tan cotidianas como un contrato de arrendamiento pueden ser consideradas como un derecho personal o un derecho real dependiendo de si el mismo tiene acceso al Registro de la Propiedad y pasa entonces a ser oponible frente a terceros. Incluso, más que «zona de frontera» o «zona de confín» entre ambos derechos subjetivos, puede afirmarse que tales derechos se comportan como auténticos «vasos comunicantes», cambiando la naturaleza jurídica del derecho en cuestión dependiendo de una determinada actuación de su titular.

III. SISTEMA *NUMERUS CLAUSUS* O *NUMERUS APERTUS* DE DERECHOS REALES

III.1. Introducción

Con el objetivo de verificar si es factible sostener la existencia de un derecho real sobre una cosa futura, se deben analizar los dos sistemas adoptados por los distintos ordenamientos jurídicos en cuanto a la creación de derechos reales. Como es sabido, el núcleo de la diferencia entre uno u otro sistema radica en admitir que los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley y con sujeción a una estructura ya definida o,

por el contrario, considerar que las partes gozan de la misma autonomía de la voluntad que en materia de derechos personales para crear o modificar los mismos. La importancia es remarcable en el ámbito del Derecho Inmobiliario Registral debido a que para el registrador de la Propiedad, la determinación indubitada de si un acto o contrato tiene naturaleza personal o real, no es labor impregnada de automatismo sino que requiere de un sosegado examen⁸³⁶.

En este orden de cosas, también es conocido que el ordenamiento jurídico español, siempre con la correspondiente discusión doctrinal, configura un sistema de *numerus apertus* de derechos reales muy amplio, pero con los límites que se examinarán a continuación.

Dicho lo anterior, es patente el notable significado que cobra en el contrato al que se ciñe esta investigación una visión nítida de ambos sistemas de creación de derechos reales teniendo presente la inclinación de la doctrina científica y jurisprudencial a favor del sistema de *numerus apertus*, lo que realmente facilitaría alcanzar unos resultados más paternalistas para el cedente del solar como podrá comprobarse a continuación.

III.2. Sistema de *numerus clausus* de derechos reales

III.2.1. Definición

⁸³⁶ Esta dificultosa tarea del registrador de la propiedad quedó plasmada en la RDGRN de 1 de abril de 1981 (RJ 1981, 1791), cuyos Considerados Segundo y Tercero rezan así: *CONSIDERANDO: Que este criterio de «numerus apertus» adoptado por nuestra legislación, obliga al Registrador, en una emisión ciertamente no sencilla, como ya ha declarado este Centro, al estudio en cada caso concreto del acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de examinar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutividad y la inmediatividad, que determinaría su acceso a los libros registrales, y caso de que no fuera así, poder rechazarlo, a fin de evitar que entren en el Registro derechos de naturaleza personal. CONSIDERANDO: Que en el presente caso el pacto discutido ofrece una naturaleza real en cuanto que: sujeto activo de la titularidad real lo es cada condueño, en tanto que sujetos pasivos son los restantes copropietarios que lo sean al tiempo de realizarse la disolución de la comunidad, los cuales se encuentran obligados como tal copropietarios y no por el vínculo personal; b) el derecho a que la división material se lleve a cabo en la forma pactada recae directamente sobre la finca, sobre la cuota intelectual y sobre una parte de finca físicamente determinada en el pacto; c) produce una mutación jurídica-real inmobiliaria al modalizar el alcance de la cuota y excluir los procedimientos de disolución de comunidad, a excepción del pactado, todo lo cual trae como consecuencia que el titular del derecho pueda exigir «erga omnes» que se le adjudique precisamente esa determinada porción de finca, y que este derecho sea exigible en perjuicio de terceros.*

Los ordenamientos jurídicos que se decantan por un sistema de *numerus clausus* son aquellos en los que los derechos reales obedecen a tipos cerrados, sin que los particulares estén facultados para crear otros diferentes que los plasmados legalmente.

Según refiere DÍEZ-PICAZO⁸³⁷, el fundamento de este sistema se halla en el hecho de que la constitución de derechos reales no es materia que presente un exclusivo interés privado sin que pueda quedar al albur de la voluntad de los particulares la creación de tipos nuevos. En todo caso, el único margen que se concede a la autonomía de la voluntad de las partes es el de configurar el contenido de los derechos reales que ya se encuentran tipificados.

III.2.2. Ventajas del sistema de *numerus clausus*

La primera consecuencia evidente que se advierte en los sistemas de *numerus clausus* es la perfecta determinación apriorística de las categorías típicas que recoge la norma vigente, considerándose tradicionalmente que esta claridad protege en mayor medida la propiedad que la indiscriminada creación de nuevos derechos reales por conveniencia de los particulares —aunque estén sujetos a determinados parámetros—. Con la adopción de este mecanismo se produce una menor fragmentación de la propiedad y un incremento de la seguridad jurídica.

Los partidarios de este sistema avalan el mismo basándose en su menor índice de litigiosidad así como por provocar una mejor explotación de los bienes, incluyendo una inferior problemática a la hora de su transmisión. Sus adeptos inciden en el hecho de que la creación de derechos reales es una cuestión de orden público, debiendo servir el sistema como freno a la libre circulación de bienes, sin que los terceros puedan sufrir

⁸³⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Autonomía privada y derechos reales”, en *RCDI*, nº 513, marzo-abril 1976, pág. 273. Véase asimismo ROMÁN GARCÍA, Antonio: *La tipicidad en los derechos reales: autonomía privada en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídico-reales. Sistema de “numerus apertus”; sistema de “numerus clausus”*, Montecorvo, Madrid, 1994.

cargas que han nacido sin contar con su aquiescencia y de las que no van a obtener fruto o utilidad alguna⁸³⁸.

Junto a lo anterior, se afirma que, cuando un sistema registral está basado en el *numerus clausus*, estando los derechos reales definidos por la ley de forma detallada, existe una menor colisión entre derechos y el Registrador de la Propiedad es capaz de identificar de manera mucho más óptima a las partes implicadas⁸³⁹.

Entre los ordenamientos jurídicos que adoptan el sistema de *numerus clausus*, si bien con distintas intensidades, puede citarse a Francia⁸⁴⁰, Grecia, Italia, Portugal, Suiza, Alemania, Austria, Holanda y Suecia. En Latinoamérica, Argentina se erige como el principal exponente de este sistema.

III.2.3. Inconvenientes del sistema de *numerus clausus*

El principal inconveniente que subyace en el sistema de *numerus clausus*, aun pudiendo resultar trivial, es precisamente el derivado de su virtud esencial: el previo conocimiento por los contratantes de los tipos legales existentes. El hecho de que las partes de un contrato pergeñen un negocio jurídico *ad hoc* en función de sus necesidades, aun siendo el mismo perfectamente válido, puede encontrarse con la barrera de tener que ahorarlo dentro de una de las categorías legalmente reconocidas, distorsionándose así el efecto pretendido. En este sistema, las partes negocian y pactan encorsetadas, limitándose su libertad de actuación a los negocios jurídicos previamente determinados.

⁸³⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 56. También LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales, Volumen Primero, Posesión y Propiedad*, 2ª edición, revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 12 y 13, aseverando que «el sistema *numerus clausus* hace de los derechos reales moneda acuñada circulando en el tráfico con un valor fijo y determinado, presta gran seguridad a los adquirentes y a los terceros: el nombre del derecho señala, sin más, su contenido, en el cual la voluntad del constituyente no puede introducir sino modificaciones igualmente predeterminadas por la ley». De esta forma, estos autores consideran «demasiado grave» para los terceros, para la economía y riqueza nacional así como para el Estado, el que la condición de derecho real quede en manos de los particulares.

⁸³⁹ La bondad del sistema *numerus clausus* para facilitar la labor de llevanza y gestión del Registro de la Propiedad es apuntada por DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Autonomía privada...”, ob. cit., pág. 277. También DE REINA TARTIÈRE, Gabriel: “Sobre el análisis económico...”, ob. cit., pág. 2277.

⁸⁴⁰ PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT: *Traité pratique de Droit Civil français. Les biens*, Tomo III, París, 1962, pág. 54, afirman que en el Derecho francés en realidad no existe ningún precepto que formalmente prohíba la creación de nuevos derechos reales.

Junto a lo anterior, cabe decir que una rígida concepción del sistema de *numerus clausus* cercena absolutamente la ductilidad de la que goza el Derecho Civil para dar vida a modalidades contractuales de lo más variopintas y totalmente eficaces siempre y cuando las partes contratantes respeten los límites prefijados.

III.3. Sistema de *numerus apertus* de derechos reales

III.3.1. Definición

Los ordenamientos jurídicos que optan por el sistema *numerus apertus* de derechos reales, dan primacía a la autonomía de la voluntad de las partes para crear nuevos derechos reales que difieran de los tipos regulados legalmente. El Derecho español cuenta con un amplio espectro de derechos reales típicos, pudiendo enmarcarse dentro del sistema todas aquellas modalidades que convengan a las partes del contrato.

Para los partidarios de este sistema⁸⁴¹, el sustento en la norma positiva, ante el silencio al respecto del CC, se encuentra en el art. 2.2 LH⁸⁴² y en el art. 7 RH⁸⁴³.

De hecho, la doctrina proclive al sistema de *numerus apertus* fundamenta sus parabiens en la aparición en la práctica de nuevas figuras «reales»⁸⁴⁴ como puede ser

⁸⁴¹ Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Autonomía privada...”, ob. cit., págs. 273 y 277. También queda reforzado en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 56, cuando señalan que el argumento «incontestable» a favor de este sistema es que el CC no contiene ninguna prohibición de que los particulares puedan crear nuevos derechos reales, ni contempla lista alguna de los derechos reales típicos —ni abierta, ni cerrada—.

⁸⁴² El art. 2.2 LH reza así: *En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 2. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.*

⁸⁴³ Por su parte, el art. 7 RH se expresa en estos términos: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.* SERVAT ADUÁ, José: “Derechos reales y pactos de trascendencia real”, en *RCDI*, nº 247, diciembre 1948, págs. 751 y 752, considera inútil buscar un texto categórico en el que asentar sin ningún género de dudas el sistema adoptado por el Derecho español, siendo el art. 7 RH el único precepto que permite conjeturar que el sistema preferido es el *numerus apertus*, ya que la ley se desentiende de dar un concepto de derecho real, sin que positivamente exista norma alguna que albergue su distinción «con un criterio de fijeza.

⁸⁴⁴ Así RODRÍGUEZ DE ALMEDIA, M^o Goñi: “Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad”, en *RCDI*, nº 693, enero-febrero

un caso paradigmático en nuestros días del derecho al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles⁸⁴⁵ al que su legislación específica permite configurarlo como derecho real.

Al mismo tiempo, la DGRN se ha mostrado siempre favorable a admitir el sistema de *numerus apertus* pero con limitaciones, aunque resolviendo a favor de la libre admisión⁸⁴⁶. Son muy ilustrativos en cuanto al reflejo de lo expuesto anteriormente los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la RDGRN de 4 de mayo de 2009⁸⁴⁷, supuesto de hecho consistente en la intención por parte de la Dirección General de Agricultura y Desarrollo Rural de la Comunidad Autónoma de Madrid, como organismo concedente de una subvención, de afectar durante el plazo de cinco años un inmueble de la sociedad concesionaria en garantía del mantenimiento de la actividad y cumplimiento de los objetivos y compromisos asumidos para la concesión de la referida subvención:

2006, pág. 309. Véase igualmente PERALTA MARISCAL, Leopoldo Luis: “Análisis crítico del sistema español *numerus apertus* en materia de derechos reales”, en *RCDI*, nº 751, septiembre-octubre 2015, págs. 2665 y ss.

⁸⁴⁵ El art. 23.1 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, tras definir el derecho en cuestión, constata que el mismo puede constituirse con carácter obligacional o real: *El derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, consecutivo o alterno, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o con carácter obligacional, de conformidad con lo dispuesto en este artículo.*

⁸⁴⁶ La RDGRN de 29 de marzo de 1955 (RJ 1955, 840) consignaba la pauta de que el registrador de la propiedad ha de velar por la no inscripción de todo derecho, carga o gravamen que resulte dudoso: *Que para decidir la determinación concreta del alcance real o personal de un derecho subjetivo deberá atenderse a los elementos y caracteres constitutivos del mismo, puesto que las circunstancias de que los particulares de los asientos cuya cancelación se insta no sean menciones, sino que aparecen en inscripciones en vigor, y las sucesivas transmisiones, cesiones o permutas del derecho de participación reflejadas en el Registro, cualquiera que sea su semejanza con la figura del censo consignativo, no tienen la virtualidad suficiente para poder modificar la verdadera naturaleza del derecho personal, ni tampoco deben servir para eludir, al amparo de la libertad del sistema de «numerus apertus» de nuestra legislación inmobiliaria, la pertinente aplicación de lo ordenado por el artículo 98 de la vigente Ley Hipotecaria.*

En la RDGRN de 6 de marzo de 2001 (RJ 2002, 2172), el Centro Directivo, en sus Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero, deniega la inscripción de un derecho de tanteo convencional por no adecuarse a los parámetros que deben regir la creación de los derechos reales: *SEGUNDO. Es indudable que, en un sistema como el español, en que se establece el «numerus apertus» de los derechos reales una de las cuestiones más difíciles de resolver, en el caso de un derecho atípico, o que puede configurarse indistintamente como real o personal, como el que se contempla en el presente supuesto, es la de determinar el carácter del derecho convenido. TERCERO. Estableciéndose un derecho de tanteo convencional, o análogo al mismo, para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues, ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. arts. 609, 1462.2 y 1464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil). Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el derecho así configurado carecerá de eficacia, «erga omnes», que es una característica esencial del derecho real.*

⁸⁴⁷ RJ 2009, 2776.

1. Es perfectamente conocida la doctrina de esta Dirección General acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «*numerus apertus*» que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. La autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatez, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado.

Del análisis del elevado número de resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real no ha recibido sanción legal hasta la reciente legislación catalana), las situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales; por otra parte, respecto de los derechos reales típicos, y singularmente de los de goce, la autonomía de la voluntad ha ido más bien encaminada a perfilar determinadas características del paradigma legal.

2. No obstante lo anteriormente expuesto no significa que sea suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que éste se considere derecho real. Hace falta, además, que concurran determinadas circunstancias:

a) Como se ha dicho anteriormente, es preciso que la figura que se crea tenga las características de un derecho real.

b) Que, si se trata de una figura nueva, máxime si se trata de algún tipo nuevo de garantía carente de regulación legal, se regulen todas las consecuencias que dicha garantía comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura. En este sentido, tiene razón el Registrador en su calificación cuando expresa las importantes lagunas que concurren en el presente caso, esencialmente la preferencia con respecto a otras garantías que puedan recaer sobre las fincas.

De ahí que CHICO Y ORTIZ⁸⁴⁸ haga constar que, previamente a la inscripción en el Registro de la Propiedad, se debe adaptar la voluntad de las partes a la normativa legal vigente. Así —afirma—, para llevar a cabo la inscripción se ha de respetar la «creatividad del derecho real inscribible dentro de los cauces que la DGRN ha establecido al interpretar el principio de *numerus apertus* que parece aceptar nuestro sistema».

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN⁸⁴⁹, admitiendo expresamente que la discusión es más teórica que práctica, recogen los límites que el Centro Directivo ha plasmado en la jurisprudencia registral y que se contraen a los siguientes:

⁸⁴⁸ CHICO Y ORTIZ, José M^o: “El principio de autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, n^o 572, enero-febrero 1986, pág. 67.

⁸⁴⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., págs. 57 y 58.

1º) La figura de nueva creación ha de recoger los requisitos típicos de todo derecho real. Un claro ejemplo se plantea en la RDGRN de 20 de septiembre de 1966⁸⁵⁰ donde se establece que ha de otorgarse poder directo e inmediato sobre la cosa o configurarse a semejanza de figuras reconocidas como derechos reales y ello aunque no tengan acceso al Registro de la Propiedad por ser de origen legal, como sucede con los derechos de tanteo y retracto.

2º) Que no contradigan el orden público, entendido en esta materia como orden público económico.

3º) Se precisa una descripción del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse, de conformidad con el tenor literal de los arts. 9 LH y 51 RH.

4º) Para su acceso al Registro de la Propiedad debe llenarse la forma exigida de su constancia en escritura pública.

5º) La voluntad debe ir unida a la causa siendo ésta configurada como la función económico-social, previo examen de las necesidades de una específica tutela jurídica que presenten los intereses de las partes a través de un derecho real.

Ahora bien, como constata la RDGRN de 29 de abril de 1999⁸⁵¹, la admisión de *numerus apertus* en la creación de derechos reales no puede conllevar conculcar los

⁸⁵⁰ A esta Resolución de la DGRN se refiere también Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Autonomía privada...”, ob. cit., págs. 292 y 293, tras el análisis de diferentes Resoluciones del Centro Directivo, reseñando con respecto a la de 20 de septiembre de 1966 que la DGRN acaba admitiendo la naturaleza real de un derecho de tanteo similar al que consta en una serie de normas legales, existiendo interés legítimo para crearlo, pese a que en el pacto constitutivo se amplía el ámbito de actuación del mismo, extendiéndose tanto a las transmisiones gratuitas como a las permutas. Sin embargo, los obstáculos se superan al concederse a su titular una facultad oponible frente a terceros y no un mero derecho personal, al no fijarse el precio de antemano sino que se difiere al criterio de una tercera persona. Además, se regula un plazo concreto y breve para ejercitar el derecho, acotándolo exclusivamente a la primera transmisión, facilitándose el cese de una situación de indivisión.

⁸⁵¹ RJ 1999, 2762. Supuesto en el que el propietario de un edificio en propiedad horizontal se reserva el derecho de vuelo hasta la altura máxima permitida por las ordenanzas municipales, con previsión de distribución del porcentaje si se hiciera uso de dicho derecho entre todas las plantas, tanto construidas como nuevas, para su posterior transmisión a terceros, excluyendo la necesidad de consentimiento de los propietarios adquirentes de los primeros departamentos. El registrador de la propiedad inscribe la división horizontal pero suspende la inscripción del derecho de vuelo por no fijarse plazo para su ejercicio y en aras de respetar el principio de especialidad. El Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución se expresa así: *Ciertamente, las exigencias de tal principio, que impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario),*

límites y exigencias del estatuto jurídico de los bienes, creándose derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible si no responden a una justa causa que ampare tal perpetuidad. De hecho, el Centro Directivo deja latente su criterio en la RDGRN de 25 de abril de 2005⁸⁵² (Fundamento Jurídico Tercero), al pronunciarse sobre la donación efectuada por una persona a otra del derecho de arrendar y percibir la renta con carácter privativo y por plazo de treinta años de dos fincas urbanas sitas en Logroño:

En el caso concreto, pretende el recurrente construir como una nueva categoría de derecho real “el derecho de arrendar y percibir la renta” que, constituido a título lucrativo, tendría como objeto dos bienes inmuebles. Tal supuestamente novedoso derecho no viene a responder a ninguna necesidad de la realidad social o económica que no haya existido con anterioridad (no supone novedad alguna atribuir a una persona diferente al propietario, con carácter real, el derecho a cobrar las rentas de un arrendamiento). Desde el punto de vista técnico, supone una pretensión de desgajar del dominio lo que no es un derecho ni real ni personal, sino unas facultades concretas (la de arrendar y, vinculada a ella, la de cobrar la renta) que constituyen parte del contenido de derechos reales típicos: el del pleno propietario y el del usufructuario. Es decir, no se constituye derecho actual alguno, sino que independiza de la propiedad una de sus facultades, cual es percibir los frutos civiles de la cosa mediante su cesión a terceros en régimen de arrendamiento.

Y desde el punto de vista práctico no se persigue una utilidad que no pueda satisfacerse con un derecho real típico ya existente, cual es el de usufructo. Quizá por ello el propio recurrente se esfuerza, tras mantener la “novedad” del derecho, en asemejarlo a un derecho de usufructo.

Tal construcción no puede ser admitida. Ese pretendido derecho, así constituido, no presenta contornos tales que lo diferencien sustancialmente del usufructo, derecho real típico de goce, pero no resulta baladí la calificación que le dé el constituyente. Configurado como un usufructo al que se sustrae la facultad de poseer y usar para sí, se dispone de un régimen legal que disciplina las relaciones entre el propietario, el usufructuario y el arrendatario, que puede ser conocido por los terceros y dota de seguridad jurídica a las partes y dichos terceros (así, en cuestiones tan relevantes como la responsabilidad por el uso de la cosa, el régimen de reparaciones y mejoras, el pago de cargas y tributos,...); en la forma pretendida por los

impediría la inscripción de un derecho como el cuestionado que, además de presentar contornos especialmente difusos, produce una clara indeterminación en la extensión de los derechos de propiedad especial y separada recayente sobre los distintos pisos y locales configurados como elementos privativos en el régimen de Propiedad Horizontal constituido (la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos y locales, así como las características generales del complejo urbanístico, quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las ordenanzas municipales). Lo que ocurre en el caso debatido dadas sus peculiaridades es que tras esa aparente falta de determinación lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el artículo 16.2º del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es, la de materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística (vid. artículos 5, 8, 23, 26 y 31 de la Ley del Suelo); se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los artículos 368 y ss. del Código Civil) lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme a los artículos 1 y 2 Ley Hipotecaria) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (vid. artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación economicopolítica y su trascendencia «erga omnes») que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vid. artículos 513, 526, 546, 1608 y 1655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad.

⁸⁵² RJ 2005, 5173.

otorgantes, y sin perjuicio de la posible validez entre ellos, carece de la suficiente claridad y certeza como para dotarle de efectos "erga omnes".

En cuanto a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del TS el resultado es idéntico, admitiendo la libre creación de derechos reales al amparo de la autonomía de la voluntad de los particulares siempre y cuando los derechos creados por las partes reúnan los requisitos exigidos para su apreciación. Como claro ejemplo de la postura del Alto Tribunal se cita la STS (Sala 1ª) de 5 de noviembre de 2003⁸⁵³, examinando el caso concreto de un retracto voluntario:

Fundamento de Derecho Cuarto: (...) La Sentencia de la Audiencia, en sintonía con la argumentación del recurso, y para estimar éste ("ratio decidendi"), sostiene que el "retracto voluntario" no tiene carácter de derecho real, y proyectando las consideraciones que expone (cita la S. de esta Sala de 3 de marzo de 1.995 (RJ 1995, 1776) y la Res. de la DGRyN de 27 de mayo de 1.947 (RJ 1947, 440) sobre la estipulación que es objeto de análisis, declara que "se hace evidente la naturaleza puramente obligacional de la misma, pues sobre la base de que no está inscrita en Registro alguno y por lo tanto en principio no produce ni puede producir efectos frente a terceros es que no se instituye en puridad un retracto voluntario en los términos del art. 1.507 del C.C., sino que su intención no es otra que la de un simple pacto obligacional enmarcado dentro de un contrato de arrendamiento que pretende una suerte de retracto arrendaticio convencional sin sujeción a plazo alguno y que debido a su carácter puramente obligacional no liga nada más que a los firmantes de la estipulación".

La anterior apreciación no puede compartirse porque la doctrina jurisprudencial actual de esta Sala reconoce al retracto voluntario el carácter de derecho real. Así Sentencias de 29 de abril de 2.005, núm. 322 (RJ 2005, 4548), y 22 de abril de 2.008, núm. 281 (RJ 2008, 1995), de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2, números 1º y 2º, y 37.3º de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) y 14 del Reglamento de la Ley Hipotecaria (RCL 1947, 476, 642) en cuanto permiten su inscripción.

Ciertamente, el tema es doctrinalmente polémico, y de Sentencias anteriores a las citadas podría deducirse otro criterio, aunque también es oportuno señalar que la Compilación de Navarra (Ley 460) permite la configuración con carácter real y la Ley de Cataluña 5/2.006 (arts. 568-5 a 568-7) regula los derechos de adquisición voluntaria como derecho real. Y si bien, por otro lado, cabría cuestionar la atribución de la condición de derecho real cuando no concurren los requisitos generales que permiten el reconocimiento de las figuras atípicas dentro del sistema de "numerus apertus" generalmente aceptado, no se advierte en el caso problema alguno al respecto al no existir indeterminación en el plazo para su ejercicio por no operar la caducidad hasta haber transcurrido los seis meses del plazo de duración del arrendamiento (S. 19 de noviembre de 1.993 (RJ 1993, 9156)) computados desde la fecha del preaviso de resolución contractual, ni objeción en ninguna otra

⁸⁵³ RJ 2003, 8257. Otro ejemplo evidente se muestra en la STS (Sala 1ª) de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9935), resolución del Alto Tribunal que resuelve un supuesto relativo a la constitución de un derecho de superficie: *En cuanto se refiere a la institución que nos ocupa, aún cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de «numerus apertus» en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.*

perspectiva, pues no cabe imaginar una exigencia de constancia registral, que la Ley no exige expresamente para la existencia del derecho real, y que vulneraría, por consiguiente, el principio de libertad constitutiva.

A la vista de lo anterior, no siendo tarea fácil proceder a crear nuevos derechos reales es por lo que algunos autores han señalado que estamos ante un sistema *numerus clausus de facto*⁸⁵⁴.

III.3.2. Ventajas del sistema de *numerus apertus*

Esta configuración presenta la indudable ventaja de admitir un mayor número de negocios jurídicos con lo que ello conlleva de ampliación del marco contractual en el que pueden moverse las partes, si bien, siempre con absoluto respeto a los límites fijados por la autonomía de la voluntad⁸⁵⁵.

Desde luego, si de lo que se trata es de conseguir que el tráfico jurídico-mercantil goce de mayor seguridad jurídica, con esta concepción el sistema se amplía aceptando un mayor número de tipologías siempre que encajen en los requisitos legales establecidos para el acceso a la protección registral. En este sentido puede considerarse que, al efecto de alcanzar tales fines, goza de menor relevancia el hecho señalado por algún sector doctrinal sobre si este sistema de *numerus apertus* es una flexibilización de los tipos ya existentes más que la búsqueda y/o invención de un nuevo tipo. Lo verdaderamente destacable es la amplitud de miras o la mayor perspectiva que los contratantes deben tener presente desde los primeros contactos o tratos preliminares en aras de concluir un contrato que, previa adecuación al interés efectivamente pretendido por las partes, alcance el efecto de oponibilidad frente a terceros que se pretende.

⁸⁵⁴ SIMÓN MORENO, Héctor: *El proceso de armonización de los derechos reales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 340.

⁸⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: ob. cit., pág. 13, exponen que los partidarios del sistema de *numerus apertus* tildan al sistema de *numerus clausus* de auténtica «camisa de fuerza» a la voluntad de las partes, considerando que la espontaneidad social forja para determinadas situaciones instrumentos más adecuados que la ley.

III.3.3. Inconvenientes del sistema de *numerus apertus*

El sistema *numerus apertus* se encuentra con el mismo inconveniente ya examinado al tratar el sistema *numerus clausus*, esto es, la paradoja de que la crítica gira en torno a lo que resulta ser su mayor virtud: la posibilidad de contraer un mayor número de negocios jurídicos y ello por las cautelas que deben observarse para no sobrepasar los límites que el ordenamiento jurídico determina a la autonomía de la voluntad. Esta precaución es de suma importancia y viene motivada por la carencia absoluta de una norma legal que ampare sin ambages la creación de un derecho real atípico siendo cierto que la adopción del sistema de *numerus apertus* ensancha el horizonte de posibilidades de las partes⁸⁵⁶ en su elaboración.

Del mismo modo, hay autores que han querido dar una visión más pesimista de esta configuración de los derechos reales al considerar que la ampliación de límites en la creación de los mismos perjudica la seguridad del tráfico jurídico, incluso repercutiendo en un mayor número de gravámenes en los bienes inmuebles⁸⁵⁷, lo que simplemente no deja de ser una lectura *a contrario* de los parabienes inherentes al sistema de *numerus clausus*.

IV. ¿ES POSIBLE UN DERECHO REAL SOBRE COSA FUTURA?

⁸⁵⁶ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Autonomía privada...”, ob. cit., pág. 283, refuerza la idea de que una cosa es la introducción de variantes o modificaciones en el contenido o régimen jurídico de los derechos reales típicos y otra muy distinta la creación de derechos completamente atípicos sobre la base de que la Ley sí presta un marco suficientemente amplio y flexible para variar y modificar los derechos reales típicos pero, sin embargo, la creación de derechos reales atípicos está huérfana de toda regulación legal.

⁸⁵⁷ SERVAT ADUÁ, José: ob. cit., págs. 752 a 754, de manera realmente gráfica y contundente venía a oponerse de manera taxativa al sistema de *numerus apertus* suscribiendo que si se diera a la voluntad humana la más plena autonomía: «¿no se introduciría la anarquía y el caos en nuestro ordenamiento inmobiliario? ¿No se desnaturalizaría el Registro subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora? ¿No se dificultaría el tráfico sobre inmuebles al multiplicarse sus gravámenes? ¿No sobrevendría fatalmente el descrédito de todo el sistema inmobiliario?». El referido tratadista aboga por un sistema de *numerus clausus* como regla aunque dejando una puerta abierta para admitir con carácter excepcional derechos reales que no se encuentren catalogados, si bien la DGRN sancionará en su jurisprudencia si procede admitirlos como paso previo a que el legislador apruebe la normativa que los dé carta de naturaleza legal.

IV.1. Planteamiento

Desde el punto de vista de lo que se ha denominado como concepción tradicional de los derechos reales y atendiendo a los requisitos clásicos de «inmediatividad» y «absolutividad», sería fácil concluir que resulta imposible predicar la existencia de un derecho real sobre una cosa no tangible, físicamente inexistente y sin que pueda ser aprehendida a su discreción por el titular del derecho real de que se trate, aun mediatamente⁸⁵⁸.

De aceptar axiomáticamente la tesis clásica la consecuencia inminente es que no cabe otra alternativa que negar rotundamente un derecho real sobre cosa futura. Puede argüirse que no sólo es una posición estrictamente jurídica sino una cuestión que engarza con la propia física, la naturaleza de las cosas e incluso con el sentido común. En definitiva, *a priori*, lo que no existe materialmente y no se puede percibir sensorialmente, no puede ser objeto de un derecho real. El poder directo e inmediato sobre la cosa que va ínsito a todo derecho real quedaría difuminado tratándose de un objeto futuro *stricto sensu*, extremo que se trasladaría a la imposibilidad de hacer valer el mismo frente a terceros y, a la inversa, la falta de realidad a la que obedece la cosa futura conlleva que los terceros no puedan atacar o perturbar el derecho que ostenta su titular. En definitiva, el criterio tradicional observado con absoluto rigor se traduce en la realidad práctica en el binomio: comodidad *versus* inmovilismo; en otras palabras, queda vetado todo avance en esta materia por mor de las ventajas que destila el acomodamiento y la asunción sin cuestionamientos de la tesis tradicional⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ Así lo entiende Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III.*, ob. cit., pág. 194, manifestando que el objeto del derecho real debe ser siempre una cosa existente, una realidad del mundo exterior. Siendo innegable que sobre las cosas futuras se puede contratar, no puede asegurarse que nazca inmediatamente un derecho real. Pone el ejemplo de la concesión de un usufructo sobre un piso que se construirá posteriormente celebrándose «hoy» el negocio jurídico, el cual, obviamente, es válido y eficaz. No obstante, el poder sobre la cosa no puede ejercitarse hasta que la misma no gane existencia. «Puede, por tanto, admitirse que es una relación jurídico-real en estado de pendencia o, lo que parece más exacto, una previa relación obligatoria, que prepara el camino de la relación real definitiva». Para el autor si la relación se extingue cuando la cosa perece o se pierde, el derecho real requiere que la cosa tenga existencia actual.

⁸⁵⁹ DE LA REINA TARTIÈRE, Gabriel: “Los derechos reales administrativos...”, ob. cit., pág. 1693, señala que «si la intermediación, como se dice, hace al derecho real, la corporeidad sería, por consiguiente, su primer y fundamental requisito objetivo. Se descartan, así, los bienes de orden inmaterial, categoría en la que se integra todo derecho de contenido patrimonial, personal o real, e igualmente la propiedad llamada intelectual, con inclusión de sus especialidades comerciales. Asimismo, cuando la cosa no existiera, todavía no se hubiera producido, o aun no se hubiera concretado, no podría haber, en puridad, ningún derecho real: habría, a lo sumo, un derecho personal, eventualmente consistente en el hecho de otro, pero ningún posible vínculo de directa afección mientras tanto».

Esta aseveración empuja a observar, por un lado, si el estado de la ciencia jurídica y del tráfico jurídico-inmobiliario, coonestado con la interpretación sociológica contenida en el art. 3.1 CC, se hace acreedor de una reflexión desde la perspectiva de la continua aparición de nuevas realidades a las que el Derecho debe dar solución y, por otro lado, de resultar afirmativa la respuesta a dicha reflexión, hasta qué punto se puede modular, dulcificar o prescindir, siquiera parcialmente, de los clásicos requisitos que son inherentes a todo derecho real.

Para llegar a una conclusión plausible sobre lo anterior, se deben despejar varias incógnitas antes de afirmar con el exigido rigor jurídico si es posible defender la existencia de un derecho real sobre una cosa futura. El examen pasa necesariamente por analizar, por un lado, qué se entiende por «cosa futura» y, por otro, si el ordenamiento jurídico permite válidamente concertar contratos con objeto futuro. La primera de las cuestiones ha generado diferencias doctrinales aunque en relación con el concreto marco del contrato de aportación de solar por obra futura es fácil decantarse por una de las corrientes que se van a exponer a continuación. En torno a la segunda pregunta es pacífico que la respuesta es afirmativa, con una profusa extensión práctica en la compraventa de inmuebles sobre plano y con evidentes analogías con el contrato objeto del presente trabajo.

IV.2. ¿Qué se entiende por «cosa futura»?

Una acertada y sintética definición de cosa futura nos la proporciona MUÑOZ DE DIOS⁸⁶⁰ al describir las mismas como «aquellas que no tienen existencia actual pero se prevé que habrán de tenerla en momento posterior». Por su parte, Díez-PICAZO Y GULLÓN⁸⁶¹, definen la cosa futura como aquella que puede existir según el devenir normal de los acontecimientos, ya sea por hecho de la naturaleza, ya sea por la intervención del hombre, ya sea por la intercesión de ambos.

⁸⁶⁰ MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar...*, ob. cit., pág. 50.

⁸⁶¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 44. En los mismos términos también WEBER PONCE DE LEÓN, Federico: “La venta de cosa futura”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, nº 5, julio 1973, pág. 783, para quien las cosas futuras son «aquellos bienes corporales que en el momento de celebración del contrato no existen, pero se espera lleguen a existir. Este concepto de cosa futura es el más aceptado por la tradición jurídica; se refiere al tiempo, a la proyección que la cosa tiene en el porvenir».

Las definiciones anteriores conducen a la clásica distinción elaborada por BIONDI⁸⁶² en relación con las cosas futuras, considerando que pueden dividirse en dos tipos diferentes, cada uno de ellos con un régimen jurídico distinto:

1º) Bienes futuros «objetivamente», entendidos como los que no existen en el patrimonio de ningún individuo, ni en el del disponente ni en el de ningún otro, como entidades materiales o jurídicas, pero se prevé su futura existencia, siendo un ejemplo paradigmático el edificio proyectado o en construcción⁸⁶³.

2º) Bienes futuros «subjetivamente», configurados como los que, existiendo *in rerum natura*, no pertenecen al patrimonio actual del que dispone de ellos pero se prevé que a continuación puedan pasar a pertenecerle, sin que esta circunstancia se pueda considerar como condición o presupuesto del negocio, siendo el mismo válido y teniendo como objeto cosas ajenas.

Idéntica distinción efectúa MONET Y ANTÓN⁸⁶⁴, quien considera a los bienes futuros como aquellos que no tienen existencia actualmente como realidad concreta, pero se prevé su existencia futura. Este autor deja constancia de que la prestación no ha de entenderse como bien futuro aunque, con toda lógica, ha de exigirse con posterioridad a la constitución de la obligación ya que los efectos jurídicos del negocio representan siempre un *posterius* respecto al negocio, como había afirmado previamente BIONDI⁸⁶⁵.

⁸⁶² BIONDI, Biondo: *Los bienes*, traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada con anotaciones sobre el Derecho español por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 264 y ss. Además de los autores que se citan de forma expresa en las siguientes notas al pie, es recurrente en la doctrina científica la alusión a esta distinción como puede verse también en FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La cosa futura...”, ob. cit., pág. 41 y ROCA SASTRE, Ramón Mª y otros: ob. cit., pág. 61.

⁸⁶³ SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., págs. 387 y 388, describe al piso proyectado como aquel que no existe *in rerum natura*, pero se prevé su posterior existencia como un acontecer cierto. Ahora bien, un piso proyectado no se genera automáticamente sino que viene a existencia de forma paulatina y a costa del constructor. «Ello hace que el piso pase en el tiempo de proyectado a en construcción y de en construcción a terminado, lo que tiene grave trascendencia en la dinámica de su transmisión y en el grado de los derechos que sobre tal piso se afirmen, así como la conveniencia de plasmar en el contrato de que se trate la reglamentación de los tiempos de ejecución y entrega y repercusión de los mismos en el cumplimiento de la prestación».

⁸⁶⁴ MONET Y ANTÓN, Fernando: ob. cit., págs. 8 y 9.

⁸⁶⁵ BIONDI, Biondo: ob. cit., pág. 262: «De otro modo deberíamos decir que por su naturaleza todo negocio tiene como objeto entidades futuras, puesto que cualquier negocio o relación, lo mismo que la ley, contempla el futuro, y aun cuando provea a hechos pasados, los disciplina para el futuro».

También LUCAS FERNÁNDEZ⁸⁶⁶ atiende a la distinción de bienes futuros «objetivamente» y bienes futuros «subjektivamente». Según su criterio se puede distinguir en «cosas futuras»: las que no existen en la naturaleza, ni completas ni en desarrollo, tengan o no autonomía; y «derechos futuros»: aquellos que no se hallan en el patrimonio de una persona. Al mismo tiempo, los derechos futuros pueden recaer sobre cosas futuras o sobre cosas ya existentes⁸⁶⁷.

La crítica a la distinción anteriormente expuesta la proporciona CALONGE MATELLANES⁸⁶⁸ aseverando que no se debe atender a los aspectos objetivos o subjetivos de la cosa futura. Cosa futura será en todo caso la que no se ha producido aún; «es decir, la que no existe todavía en cuanto hay esperanza de que exista. Este último punto es fundamental, ya que una cosa solamente es futura en cuanto hay esperanza de que llegue a existir». Su criterio es distinguir varias categorías de cosas futuras: la «cosa futura en sentido amplio», entendida como la que se espera según el decurso natural de las cosas pero que no existe en el momento del contrato (por ejemplo, comprar los frutos que se obtendrán el próximo año en un determinado fundo); «cosa futura en sentido restringido», la que incluso en proceso de formación muestran su existencia futura (por ejemplo, los frutos en tallo o en flor) y el «contrato aleatorio» en el que entiende incluidas las cosas futuras de las que no existen razones fundadas para afirmar si se producirán o no aunque, en puridad, —sostiene— más que de cosa futura, se podría hablar en este caso de «cosa probable».

Por su parte, ROGEL VIDE⁸⁶⁹ reseña que el concepto de cosa futura no responde a una concepción física, sino que es una creación, un concepto técnico jurídico⁸⁷⁰. Para

⁸⁶⁶ LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: “La contratación sobre edificio futuro...”, ob. cit., págs. 279 y 280.

⁸⁶⁷ IGLESIAS CUBRIA, Manuel: *Los derechos patrimoniales eventuales*, Ojanguren, Oviedo, 1961, pág. 128, describe al derecho futuro como un convencionalismo, como la suposición de que se realizará el evento o condición a que está supeditado.

⁸⁶⁸ CALONGE MATELLANES, Alfredo: *La compraventa civil de cosa futura (Desde Roma a la doctrina europea actual)*, Talleres Gráficos Imprenta Núñez, Salamanca, 1963, págs. 211 a 213. El mismo autor en “La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana”, en *ADC*, 1963, fascículo V, pág. 1120.

⁸⁶⁹ ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa...*, ob. cit., págs. 42 y ss y FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón: “La compraventa de cosa futura”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXI, Madrid, 1993, págs. 45 y ss.

⁸⁷⁰ ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa...*, ob. cit., pág. 51, define la cosa futura en sentido técnico jurídico como aquella que independientemente y prescindiendo de su existencia física, que puede o no darse, e, incluso de su existencia jurídica respecto de determinadas relaciones jurídicas —por ejemplo, la prenda sin desplazamiento de la posesión—, viene considerada en orden a su transmisibilidad inmediata, futura, o sea, carente de una existencia jurídica autónoma por el ordenamiento jurídico.

este jurista, son «cosas», prescindiendo de su realidad física, las entidades susceptibles de ser materia de derechos y «cosas futuras» las no existentes materialmente. Así, — afirma— se dará un cierto grado de incertidumbre respecto de su ulterior venida a existencia por cuanto es obvio el hecho de que no puede afirmarse con absoluta seguridad que aquello «que no es, será, ni siquiera en el campo de la física, en donde se juega con cálculos de probabilidad». Con todo, «existe», debe existir una posibilidad para que se pueda hablar de cosa futura y, en base a ello, las partes pretenden dar al riesgo que actualmente asumen un papel cada vez más reducido, con la fundada esperanza de que la cosa vendrá a existencia en un momento posterior, como consecuencia de la simple intervención de eventos naturales o, lo que es más frecuente, por el desarrollo de la actividad humana orientada a lograr que la cosa llegue a existir. Como requisitos de la cosa futura ROGEL VIDE relaciona los siguientes: 1º) «Comercialidad» o «comerciabilidad»; atiende con este concepto a la idea de licitud; 2º) «Posibilidad», como poder ser, poder existir, traduciéndose en una existencia actual o en una existencia futura posible y 3º) «Determinación» o «determinabilidad».

En lo concerniente a la doctrina jurisprudencial, la Sala de lo Civil del TS entiende por cosa futura *las que, si bien en el momento de la perfección [del contrato] no existen, las partes pactan sobre él en la confianza de que llegará a tener existencia*⁸⁷¹.

Dicho lo anterior, dentro del específico ámbito del contrato objeto del presente estudio, resulta incontrovertido, desde el punto de vista de la tesis más tradicional, que se está en presencia de un cambio de «cosa presente» por «cosa futura». En este sentido, ningún problema se puede atribuir en esta relación a la cosa presente, el solar, debido a su existencia material constatable en el momento en el que se suscribe el contrato. Cosa bien distinta sucede con la cosa futura, la cual, es evidente, carece de existencia física cuando se perfecciona el negocio jurídico pero que es la verdaderamente importante para las partes contratantes una vez cobra vida⁸⁷². En el caso del cedente porque verá satisfecho el interés que le movió a contratar, a lo que debe sumarse la percepción del

⁸⁷¹ Por todas se cita la STS de 11 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3711).

⁸⁷² También SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: “El apogeo de la permuta...”, ob. cit., pág. 1669, pone de manifiesto que la característica común de todos los negocios de cambio de solar por obra futura es «lograr la adquisición de un bien futuro».

fruto obtenido a un suelo de su propiedad que, las más de las veces, no le proporcionaba beneficio alguno; y, desde la perspectiva del cesionario porque habrá llevado a cabo su objeto social en unas condiciones económicas más ventajosas al no tener que desembolsar dinero inicialmente para la adquisición del suelo, lo que significa una mayor imputación de beneficio por cada unidad de obra que venda posteriormente.

Al amparo de la anterior distinción, NÚÑEZ MUÑOZ⁸⁷³ y SERRANO CHAMORRO⁸⁷⁴, determinan que la cosa futura integrante de estos contratos es un bien futuro objetivamente. Esta última jurista, teniendo en cuenta la especialidad del ámbito del contrato de permuta por futura edificación y los distintos hitos o fases que hay que atravesar hasta que el objeto futuro deja de serlo, incluye al piso «proyectado», refiriéndose al mismo como el que no existe *in rerum natura* pero del cual no sólo se prevé su existencia, sino que, esa existencia posterior está pensada y tratada como de acontecer cierto⁸⁷⁵.

IV.3. Validez de los contratos sobre objeto futuro

No existe discusión en la doctrina científica⁸⁷⁶ acerca de la validez de los contratos con objeto futuro al amparo del texto del art. 1271 CC: *pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*, salvándose de este modo el cumplir con los requisitos que para todo vínculo contractual exige el art. 1261 CC de objeto, consentimiento y causa. Este nuclear

⁸⁷³ NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 23.

⁸⁷⁴ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de Solar...*, ob. cit., pág. 372.

⁸⁷⁵ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de Solar...*, ob. cit., págs. 371 y 387 a 390, prefiere hablar de «edificación futura» como objeto del contrato, planteándose si es posible o no que el volumen espacial de un solar pueda ser objeto de una relación jurídica patrimonial, considerando *ab initio* el solar como elemento común de un edificio proyectado sobre el mismo en régimen de propiedad horizontal. Según la referida jurista no existe inconveniente en ello, según el propio dictado de la Ley del Suelo, del RH y de la LPH. Varias décadas antes MONET Y ANTÓN, Fernando: ob. cit., pág. 11, ya aludía al piso proyectado como cosa futura, señalándolo como algo que no existe *in rerum natura* «pero del cual no sólo se prevé su existencia, sino que, aún más, esa su posterior existencia está pensada y tratada como de acontecer cierto, según normas de experiencia».

⁸⁷⁶ Así, PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 115, manifiesta que con independencia de la naturaleza jurídica que se otorgue a los negocios jurídicos con objeto futuro, la disyuntiva sobre la validez o no de tales contratos está resuelta positivamente. En el mismo sentido NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen: *La aportación...*, ob. cit., pág. 22 y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores: “Permuta de parcela...”, ob. cit., págs. 234, 235 y 237. Con referencia al Derecho italiano, BIONDI, Biondo: ob. cit., pág. 265, concluye que no existe duda alguna de que los bienes futuros como tales pueden constituir objeto de negocios jurídicos.

precepto en este concreto ámbito debe relacionarse con el art. 1272 CC por cuanto *no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*⁸⁷⁷.

Sin embargo, se coincide con SERRANO CHAMORRO⁸⁷⁸ en la reflexión que efectúa respecto a que «resulta chocante» que el legislador no dedique ningún precepto a regular específicamente las cosas futuras como objeto del contrato. La referencia del art. 1271 CC es demasiado vaga, considerando la referida tratadista que es criticable el antedicho precepto al no recoger la antigua distinción entre *emptio spei* y *emptio rei speratae*⁸⁷⁹ procedente del Derecho romano⁸⁸⁰.

Cierto es que en la actualidad hoy en día existe un ámbito contractual, socialmente extendido, en el que las partes contratan sobre un objeto futuro: la compraventa de pisos sobre plano. En esta línea, es sabido que la problemática que rodea al comprador de piso futuro es muy similar a la que se encuentra el cedente de un solar en el contrato que es objeto de esta investigación en lo relativo a la desprotección que sufre hasta que el vendedor le hace entrega de la finca adquirida: obra inacabada, embargos de la edificación por acreedores, venta a terceros de las mismas piezas de edificación objeto de la contraprestación, etc. De ahí que, tras sonados fraudes⁸⁸¹ en los

⁸⁷⁷ El art. 1272 CC debe ponerse asimismo en conexión con el art. 1184 CC: *También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible.*

⁸⁷⁸ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: *Cambio de solar...*, ob. cit., pág. 290.

⁸⁷⁹ Según GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús: *Derecho Privado Romano*, 5ª edición, Dykinson, Madrid, 1993, pág. 623, el Derecho romano admitía la compraventa de cosas futuras, distinguiendo dos tipos: «La compra de cosa futura (*emptio rei speratae*): cuando las partes subordinan el contrato a la existencia de las cosas, si éstas no llegan a existir no se debe el precio. Por ejemplo: la cosecha no producida o el ánfora que hará el alfarero. La compra de esperanza (*emptio spei*): la misma esperanza de que la cosa exista es objeto del contrato y el riesgo de que se produzca o no es a cargo del comprador y éste se obliga en cualquier caso a pagar el precio». Un amplio estudio sobre las figuras de la *emptio rei speratae* y la *emptio spei* puede verse en CALONGE MATELLANES, Alfredo: *La compraventa civil...*, ob. cit., págs. 192 a 210.

⁸⁸⁰ WEBER PONCE DE LEÓN, Federico: ob. cit., págs. 808 y ss, analiza en profusión las diferencias entre ambas figuras desde la perspectiva de la compraventa de cosa futura. También ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa...*, ob. cit., págs. 29 y ss. Aduce este tratadista que los juristas romanos elaboraron estos dos tipos de compraventa, los cuales, pueden incluirse dentro del concepto genérico de compraventa de cosa futura. En la *emptio rei speratae* se hace depender la eficacia de la venta del evento consistente en que la cosa venga a ser y de la medida en que esto suceda. Defiende que este tipo de venta es condicional y análogo a los negocios condicionales. El contrato quedará perfeccionado cuando la condición se cumpla, cuando la cosa esperada venga a existencia. Por su parte, en la *emptio spei* el objeto de la compraventa no es propiamente la cosa futura sino las probabilidades que se presentan respecto al «sí» al «cuanto» de su producción. Es la compra del *aleas* o del *spes*. Véase igualmente ROVIRA JAEN, Francisco Javier: «La compraventa de cosa futura», en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Vol. II, Madrid, 1965, págs. 147 y ss.

⁸⁸¹ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: ob. cit., pág. 22, se hace eco de la Circular nº 5/1965 de la Fiscalía General del Estado en la que se conminaba a los Fiscales de las Audiencias a tener una actuación enérgica cuando tuvieran conocimiento o sospecha, esto es, sin aguardar a recibir denuncia alguna, de algún hecho relacionado con las actividades de construcción que no se estuviera llevando a cabo correctamente, salvaguardando así el interés colectivo, el cual ha de limitar y condicionar el interés particular. ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «El concurso del promotor y la ejecución de los avales y pólizas de seguro de los compradores», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 23/2011, Civitas, Madrid, 2011, pág. 19, se refiere a la década de los sesenta

albores del *boom* inmobiliario acontecido en los años sesenta del pasado siglo, se dictasen normas para proteger en la medida de lo posible al comprador que entregaba cantidades a cuenta del precio final, como la Ley 57/1968, de 27 de julio⁸⁸², la cual obliga al promotor a garantizar al adquirente mediante aval o seguro de caución las cantidades anticipadas para acometer la construcción, más el interés legal del dinero⁸⁸³, en el caso de que dicha construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Más tarde y poco a poco, la sensibilidad generada al respecto ha hecho que el volumen de normas con marcado carácter paternalista de los derechos de los adquirentes de inmuebles futuros haya ido en aumento, destacando por su amplia aplicación dentro del ámbito estatal el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, el TRLGDCU, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre⁸⁸⁴ y más recientemente el RD 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba

como escenario de importantes abusos por parte de promotores y constructores así como en su trabajo: “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada en la Ley 57/1968, de 27 de julio, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, en *RDP*, nº 23, 2009, (BIB 2009\926), en donde se reseña el famoso fraude de “Construcciones Esperanza, S.L.” en 1967, el cual provocó una evidente alarma social. CÁMARA ÁLVAREZ Manuel de la: “Modalidades en la constitución...”, ob. cit., pág.183, incluye una referencia a los escándalos de notoriedad bien conocida al examinar la Ley 57/1968 como atemperadora del riesgo del comprador hasta la percepción de la vivienda. Lo antedicho es un tema recurrente en la literatura jurídica y así GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “La situación de prehorizontalidad...”, ob. cit., págs. 930 y 931, en el marco de la desprotección que sufren los adquirentes de pisos en construcción, hace hincapié en los que fueron denominados «timos de la inmobiliarias», de gran resonancia mediática, debido a los graves inconvenientes que presenta la práctica de constituirse en objeto de tráfico jurídico los pisos o locales en construcción en base a unos simples planos, una memoria o el proyecto de construcción, antes de iniciarse las obras propiamente dichas e, incluso, con carácter pretérito a la legalización administrativa del solar que servirá de asiento a la edificación. VÁZQUEZ-BOTE, Eduardo: ob. cit., pág. 223, de manera muy gráfica y amparado en la ironía, sostiene que en los años cuarenta, cincuenta e incluso sesenta del pasado siglo, «recibir las llaves del piso era más relevante que la recepción de llaves de una ciudad conquistada para la Edad Media».

⁸⁸² El Preámbulo de esta norma se hace eco de esta circunstancia: *La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto*. Esta Ley generalizó para todo tipo de viviendas las disposiciones que previamente se habían estipulado para las viviendas de Protección Oficial con el Decreto de la Vivienda 9/1963, de 3 de enero, por el que se regulaba el período de cantidades a cuenta, y la publicidad de venta de viviendas de protección estatal con anterioridad a la calificación definitiva. No obstante, la Ley 57/1968, de 27 de julio, dejará de estar en vigor el día 1 de enero de 2016, de conformidad con la Disposición Derogatoria Tercera de la LOE, introducida por la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras. Sobre la materia véase ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada en la Ley 57/1968, de 27 de julio, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, en *RDP*, nº 23, 2009, págs. 157 y ss.

⁸⁸³ Inicialmente, en cuanto al interés del dinero a entregar al cliente si no se llegaba a construir la edificación comprometida, el art. 1 de la Ley 57/1968 exigía el 6% de la cantidad entregada a cuenta del precio. Posteriormente, la Disposición Final Primera, apartado c) de la LOE dictaminó que la devolución comprendiera el principal más el interés legal del dinero.

⁸⁸⁴ El art. 64 del citado Texto Refundido, relativo a la documentación complementaria a entregar en la compraventa de viviendas, dispone: *En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta norma, se facilitará además la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación*.

el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios y la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, recientemente integrada actualmente en el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobada por el RDL 7/2015, de 30 de octubre. Asimismo, el Estado de las Autonomías ha propiciado que cada Comunidad Autónoma haya gestado su propia normativa en este ámbito a la que habrá que atender en cada supuesto específico. No obstante todo lo anterior, las conductas fraudulentas siguen produciéndose en nuestros días, siendo objeto incluso del consiguiente reproche penal⁸⁸⁵.

Indefectiblemente, el objeto futuro será el resultado de todo un complejo proceso edificatorio, precisando siempre de la intervención del ser humano en todos sus hitos o fases. En este sentido, la propia evolución normativa y jurisprudencial en torno al sector de la construcción y de la edificación no deja resquicio alguno a la consideración de la cosa futura en su vertiente «objetiva». Así, el art. 1591 CC, pensando en técnicas constructivas propias del siglo XIX⁸⁸⁶, se refiere exclusivamente a la figura del «contratista» y del «arquitecto» como personas intervinientes en las obras de construcción. Dicho precepto, ante el continuo desarrollo del fenómeno constructivo, se

⁸⁸⁵ Un caso ejemplificativo de lo expuesto es la STS (Sala 2ª), de 27 de junio de 2013 (JUR 2013, 227937), en la cual se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado D. Alfonso contra la SAP de Barcelona (Sección 9ª), por la que se condena al recurrente como autor de un delito consumado de estafa del art. 251.1 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año y seis meses de prisión, y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Asimismo, se le absuelve del delito de estafa agravada del que venía siendo acusado por la acusación particular. Además, como responsabilidad civil se le condena a abonar a D. Emilio la cantidad de 28.938,73 €, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más el interés legal que proceda. Los Hechos Probados que constan en la sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de Igualada afirman que D. Alfonso, en su calidad de Administrador de la entidad Constru-Promo Collel, S.L., con el propósito de obtener un inmediato beneficio ilícito, suscribió con D. Emilio, el 17 de marzo de 2005, un contrato de compraventa, en la modalidad de compra de cosa futura, de una vivienda que se encontraba en proceso de construcción en la referida localidad barcelonesa, haciéndole D. Emilio entrega de 28.938,73 € como parte del precio de la compra, estipulándose que el resto del precio se haría efectivo al otorgarse la escritura pública de compraventa, habiéndose previsto la finalización de las obras el 28 de febrero de 2007. Sin embargo, D. Alfonso, en julio de 2008, sabiendo que se encontraba en vigor el contrato firmado con D. Emilio, transmitió el mismo inmueble a la Sra. Elena, a la que se la había permutado por su parte en una edificación familiar, elevándose a escritura pública la adjudicación del piso en cuestión.

⁸⁸⁶ Debe tenerse en cuenta que el vigente CC es de 1889, publicado el día 25 de julio de ese año en el número 206 de la Gaceta, siendo M^a Cristina de Habsburgo-Lorena, reina regente durante la minoría de edad de su hijo Alfonso XIII y Ministro de Gracia y Justicia, José Canalejas y Méndez. La referencia a estos personajes en cualquier otro texto no jurídico evoca un pasado histórico lejano pero, sin embargo, el Derecho Común se rige todavía por preceptos que contienen múltiples referencias a la sociedad imperante en aquella época. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Ley de Edificación y Código Civil”, en *ADC*, nº 53, enero 2000, págs. 8 y 9, efectúa un interesante compendio de «recuerdos» legales hasta llegar a la actual LOE enseñando que el texto más antiguo conocido sobre la construcción o derrumbamiento de una obra se remonta al Digesto, 19, 2, 62 y es un pasaje de Labeón referido a la construcción de un canal. Seguidamente apunta a una constitución recogida en Código 8, 12, 8 y trasladada después a la Partida, 3, 32, 21, que extendía a quince años la responsabilidad en las obras públicas, continuando esta tradición en el art. 1792 CC francés, que fue heredado por el art. 1532 del Proyecto de 1851, el cual, rezaba: *el arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruinase por vicio de la construcción o del suelo*. Añade la alteración de la regla romana apuntada por GARCÍA GOYENA al comentar el precepto puesto que en lugar de hacer responsable al constructor de los vicios de la obra y al constructor y al dueño de los vicios del suelo, se añade al arquitecto quien entiende debe saber construir el edificio y conocer si el suelo sobre el que se asienta puede soportarlo, explicación de la separación de las figuras de contratista y arquitecto, novedad introducida por el CC a finales del siglo XIX.

revelaba constantemente como insuficiente para atender la intervención en el proceso edificatorio de una pluralidad de sujetos, deviniendo obsoleto de manera progresiva⁸⁸⁷.

De esta forma, con fundamento en el elemento sociológico del art. 3.1 CC, en el amplio paréntesis de tiempo existente hasta la promulgación de la LOE⁸⁸⁸, se asiste a una importantísima evolución jurisprudencial, fruto de las demandas sociales existentes en cuanto a la ampliación de los legitimados pasivamente, —además de lo tocante a la definición de «ruina funcional» y al nacimiento de la «solidaridad impropia»—, adecuándose las resoluciones de los Tribunales a la realidad social imperante y extendiendo el ámbito de imputación a figuras como el «promotor-constructor» o «el promotor-vendedor». La carencia de un concepto legal de promotor inmobiliario fue suplida por el Alto Tribunal al equipararlo con el constructor o contratista en base al ánimo de lucro⁸⁸⁹ que le movía a ejercer el control de la obra así como por la imagen comercial que proyectaba a los futuros adquirentes⁸⁹⁰. La ampliación de este marco de responsabilidad tiene su origen en las primeras demandas por vicios ruinógenos interpuestas por adquirentes de viviendas frente a los promotores, quienes trataban de eludir la imputación alegando que también eran copropietarios del edificio, debiendo considerárseles como meros vendedores y, correlativamente, exigírseles exclusivamente

⁸⁸⁷ CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos...*, ob. cit., pág. 6, sostiene: «Ni que decir tiene que la regulación de los contratos es hoy obsoleta, cuando no directamente derogada o caducada por simple desuso social. La compraventa es el más importante de los contratos pero la mitad de la regulación de la compraventa en el CC carece de aplicación práctica actual. La regulación de los arrendamientos se encuentra expresa ó tácitamente derogada en importantes extremos. La permuta que se practica hoy no es la que regula el CC. Del contrato de arrendamiento de servicios no sobrevive ninguna regla que haya aparecido en los últimos cincuenta años en un repertorio jurisprudencial. Del contrato de arrendamiento de obra sólo la mitad de los preceptos (arts. 1592, 93, 94, 96, 97 y 1600) contienen reglas utilizables en controversias reales del siglo XXI entre comitente, contratista y subcontratistas».

⁸⁸⁸ Para GONZÁLEZ TAUSZ, Rafael: “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *RCDI*, nº 661, septiembre-octubre 2000, págs. 2691 a 2693), la LOE es la norma de mayor trascendencia social de los últimos años. Para un análisis exegético de la LOE véase GARCÍA MÁS, Francisco Javier y José Alberto MARTÍN VIDAL: “Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, en *RCDI*, nº 664, marzo-abril 2001, págs. 649 y ss y LACABA SÁNCHEZ, Fernando: “Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la ley. Consecuencias de la subsistencia del art. 1591 del CC”, en *La Ley*, 2000-1, págs. 1621 y ss.

⁸⁸⁹ Aunque sobre el criterio del ánimo de lucro se alzaron voces discordantes como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Contrato de Obra: responsabilidad por vicios de la construcción, responsabilidad del promotor, culpabilidad in eligendo, cuestión de hecho (Comentario a la STS de 29 de junio de 1987)”, en *CCJC*, nº 14, 1987, pág. 4719. Sobre la materia véase también el trabajo del mismo jurista: “La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 248 y ss.

⁸⁹⁰ Así lo entiende también CORDERO LOBATO, Encarna: *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 269. También GONZÁLEZ TAUSZ, Rafael: “El nuevo régimen jurídico...”, ob. cit., págs. 2691 a 2693, con respecto a la figura del promotor inmobiliario, manifiesta que la definición del art. 9 LOE es brillante porque no acentúa la caracterización del promotor en la cualidad personal del sujeto ni en la finalidad de su actividad sino en su grado de participación en proceso edificatorio. Puede decirse que es quien decide los elementos esenciales de tal proceso, lo cual equivale a decir que es quien concierne los distintos contratos con los agentes intervinientes en la construcción.

la responsabilidad que determina el CC ante la aparición de vicios ocultos con un exiguo plazo de caducidad: seis meses. En efecto, esta causa de exoneración difícilmente entronca con la perdurabilidad exigida a las obras de edificación, erigidas para perpetuarse en el tiempo, siendo el detonante de la nueva interpretación jurisprudencial del TS en defensa de los compradores de los inmuebles.

Una vez superado el proceloso camino seguido hasta que ve la luz la LOE⁸⁹¹, en la actualidad se cuenta con una regulación en la que quedan determinados los diferentes agentes intervinientes en la edificación, sus obligaciones y sus responsabilidades, incluso cuando intervienen a través de formas societarias o asociativas. De este modo, se diferencian nítidamente las distintas figuras intervinientes en la construcción: el promotor, el constructor, el arquitecto proyectista, el arquitecto director de ejecución de obra, los laboratorios de control técnico,...⁸⁹². No en vano, cada vez se asiste a una regulación más pormenorizada de todos los aspectos que quedan aglutinados en este complejo ámbito, teniendo como máximo exponente al CTE, aprobado por RD 314/2006, de 17 de marzo, normativa dirigida a regular las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios y sus instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad.

La descripción efectuada en las líneas precedentes sobre la normativa de aplicación al ámbito de la construcción de viviendas y al complejo abanico de agentes intervinientes en el proceso de edificación, abundan en la consideración del objeto de

⁸⁹¹ De manera escueta, con objeto de no resultar tedioso al no ser el objeto principal de este trabajo, se apunta que el primer borrador de esta Ley data de 1970. Posteriormente, destaca la promoción de un Libro de la Edificación en 1978, con la finalidad de unificar el marco legislativo pero no llegó a fraguar. Seguidamente, en 1980, el Consejo Superior de Arquitectos nombró una Comisión que tenía unas miras más amplias y que pretendía llamarse Ley de la Edificación para cursar posteriormente en 1984 como Ley General de Ordenanzas y Garantías de la Edificación. Más llamativo es la elaboración en 1988 de diecisiete anteproyectos llevados a cabo por una Comisión de Arquitectos, Arquitectos Técnicos, Promotores y Constructores, amparados en razones de urgencia social. Por último, en 1992, se presente un borrador sobre las Líneas Básicas de Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación para conectar con el Anteproyecto de reforma de los arts. 1591 y 1909 CC, finalizando con los Anteproyectos de 11 de junio, 21 de septiembre y 12 de octubre de 1988. La culminación está en el Proyecto 121/000163, de Ordenación de la Edificación, publicado en el Boletín de las Cortes Generales, el 15 de marzo de 1999. Esta secuencia de fechas y datos se han obtenido de la más rigurosa exposición que hace VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso: en *Derecho de la Edificación*, Coordinador Román García Varela, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 77 y 78. Significar que, durante el ingente paréntesis de tiempo existente hasta la publicación y entrada en vigor de la LOE, con anterioridad a la ley estatal, se habían anticipado en la regulación de esta materia algunos Parlamentos autonómicos: así, en Cataluña, vio la luz previamente la Ley de Vivienda, de 29 de noviembre de 1991 y el Decreto de 1 de septiembre de 1992; en Madrid, aunque por escaso margen con relación a la ley nacional, se dictó la Ley de 17 de marzo de 1999, sobre Medidas para la Calidad de la Edificación.

⁸⁹² Los arts. 9 a 15 LOE se refieren a los distintos agentes de la construcción: el promotor, el proyectista, el constructor, el director de obra, el director de ejecución de obra, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación y los suministradores de productos.

estos contratos como cosa futura en su vertiente «objetiva», como elemento que no existe en la actualidad pero cuya realidad se prevé como cierta y todo ello gracias a la participación de un amplísimo elenco de profesionales, cada uno de ellos con un cometido perfectamente delimitado y una acotada parcela de responsabilidad.

En relación con el contrato de aportación de solar a cambio de obra futura, ROSA DÍAZ⁸⁹³ subraya su validez en aplicación de lo dispuesto en el art. 1271 CC, decantándose por considerar a este negocio jurídico como del tipo *emptio rei speratae* ya que el propietario del suelo lo cede al constructor porque espera de manera fundada y racional que en su día recibirá a cambio los pisos o locales acordados.

Cuestión distinta será el determinar con exactitud en qué momento adquiere «realidad» la cosa futura, incógnita que se despejará al examinar las diferentes teorías doctrinales sobre los efectos jurídicos que provoca la escritura pública de permuta de solar a cambio de obra futura.

IV.3.1. La contratación con objeto futuro en la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS admite sin obstáculo alguno la contratación con objeto futuro, de conformidad con lo establecido en el art. 1271 CC, apoyándose también para ello en el hecho de que las partes pactan sobre dicho objeto en la confianza de que llegará a tener existencia en el futuro, caso paradigmático de la edificación futura.

Así lo confirma, entre otras, la STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2012⁸⁹⁴. En esta sentencia, la actora, Dª. R., demanda a la mercantil Promociones Judialber, S.L. solicitando la condena de la demandada a cumplir el contrato de compraventa y, por

⁸⁹³ ROSA DÍAZ, Pelayo de la: ob. cit., pág. 393.

⁸⁹⁴ JUR 2012, 311037.

consiguiente, a que haga entrega a la demandante de la vivienda que constituye el objeto del contrato, una vez finalizada la construcción con arreglo a las condiciones pactadas y demás resultantes del proyecto y memoria constructivas así como a otorgar la escritura pública de compraventa, abonando a la actora en dicho acto la cantidad de 102.172 € más IVA, cantidad que debería minorarse en 3.000 € de señal y parte del precio y si este cumplimiento no fuera posible, se solicita se condene a la demandada a entregar la vivienda que sustituye a la anteriormente referida en la nueva construcción de la contraparte o, en todo caso, en la misma zona urbana. Por su parte, la demandada alegó que no se trataba de un contrato de compraventa sino que se habían pactado unas arras de desistimiento así como que no había existido consentimiento. Por lo que al presente estudio resulta interesante es de reseñar el expreso reconocimiento por parte del Alto Tribunal de la complejidad de este contrato, precisándose que el departamento a construir no sea imposible en cuanto a su venida a existencia. Así se constata en el Fundamento de Derecho Quinto de la misma:

El contrato otorgado entre JUDIALBER y la recurrente debe ser calificado como compraventa de cosa futura. Este es aquel contrato por el que una de las partes se obliga, a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente, a entregar una vivienda o local en proyecto o en construcción, una vez terminada. Constituye una modalidad característica de la compraventa de cosa futura, al menos como regla general. Así lo consideró este Tribunal en las sentencias de 17 de febrero de 1967 (RJ 1967,735), 3 de junio de 1970 (RJ 1970, 2790), 28 de noviembre de 1973 y 1 de julio de 1992 (RJ 1992, 6498), a las que hay que añadir las SSTS 69/2010, de 18 de febrero (RJ 2010, 1285), 199/2007, de 23 de febrero (RJ 2007, 1475) y 223/2012, de 30 de marzo (RJ 2012, 5727), entre otras.

El contrato en el que se combina la obligación de construir por parte del comprador, con la de entrega de un piso o apartamento una vez construido el edificio es un contrato complejo, que requiere que la cosa futura no sea imposible en cuanto a su existencia. Esta Sala ha calificado este tipo de compraventa dentro del tipo “emptio rei speratae”, es decir, como un contrato conmutativo que, a diferencia de la modalidad “emptio spei”, que es un contrato aleatorio, “[...] presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar [...]” (STS de 30 octubre 1989). La STS 649/1992, de 1 de julio (RJ 1992, 6498) dice que “No se trata de una inexistencia total, a modo de venta de esperanza (“venditio spei”), sino de la concurrencia de una futuridad prevista, sin condicionalidades convenidas expresamente, pendiente únicamente de su consolidación mediante la efectiva y materializada función constructiva; lo que presupone indudablemente en el vendedor la obligación de hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó, —que por ello no reviste naturaleza precontractual (Sentencia de 17 de junio de 1986 (RJ 1986,3570)—, ya que el comprador adquirió el local en función de su terminación,

pues expresamente se pactó que el resto del precio, -aún debitado-, de 3.250.000 pesetas sería efectivo a la entrega del local de referencia".

Otro claro ejemplo es el contenido en la STS (Sala 1ª) de 23 de febrero de 2007⁸⁹⁵. Se resuelve sobre un contrato de compraventa de cosa futura, instándose la demanda por D. A. y Dª. F., solicitando se declare la validez y eficacia del contrato privado de 27 de septiembre de 1984, suscrito entre D. A. y Dª. N., a cuyo cumplimiento se encuentra obligada la sociedad B., S.A. como heredera y continuadora de la personalidad de Dª. N. Asimismo, se solicita se condene a B., S.A. al fiel y legal cumplimiento del antedicho contrato, con todos sus naturales consecuencias y entre ellas, a construir y entregar una vivienda a los demandantes, debidamente terminada y con todos sus servicios, con la situación (orientación y altura) y dimensiones medias normales, sobre alguna de las parcelas o solar de su propiedad, procedentes de los derechos hereditarios de la causante, otorgando la escritura pública de compraventa de dicha vivienda a favor de los actores, libre de cargas y siendo los gastos del otorgamiento por cuenta de la parte demandante. Así, el Fundamento de Derecho Segundo dispone:

El art. 1.271, párrafo primero, CC admite la posibilidad de que el objeto del contrato sea una cosa futura. No importa que la cosa no tenga existencia real en el momento de celebrar el contrato, sino basta una razonable probabilidad de existencia. Ello no es incompatible con la certeza, la cual se refiere a la determinación o identificabilidad, no a la existencia (arts. 1.273, 1.445, 1.447 CC). La falta de determinación deja el contrato al arbitrio de cada uno de los contratantes, por lo que afecta al principio de la "necessitas" que es esencia de la obligación. El objeto está determinado cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad de modo que no hay duda sobre la realidad objetiva sobre las que las partes quisieron contratar. La determinación supone que hay identificabilidad, de modo que el objeto no puede confundirse con otros distintos, el acreedor conoce lo que puede exigir y el deudor lo que tiene que entregar para cumplir su obligación. La jurisprudencia admite que es suficiente la "determinabilidad", la cual hace referencia a una situación en que no hay determinación inicial, en el momento de perfeccionarse el vínculo, pero si cabe la determinación posterior, siempre que no sea necesario un nuevo convenio o acuerdo entre los contratantes para su fijación. Para ello es preciso que el contrato contenga en sus disposiciones previsiones, criterios o pautas que permitan la determinación. En tal sentido, entre otras, SS. de 12 de abril de 1.971, 16 de octubre de 1.982, 9 de enero de 1.995, 10 de octubre de 1.997, 3 de marzo de 2.000, 8 de marzo de 2.002, 25 de abril de 2.003, 12 de noviembre de 2.004. Cuando se trata de una cosa genérica -cosa determinada por su género (S. 21 de octubre de 2.003)-, cuya calidad y circunstancias no se hubieran expresado, el acreedor no podrá exigirle de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior (art. 1.167 CC). Se trata de un supuesto de relativa indeterminación del objeto que no es

⁸⁹⁵ RJ 2007, 1475.

obstáculo para la existencia del contrato (SS. 21 de octubre 1.992 y 16 de marzo de 1.998). El tema es problemático cuando la compraventa de cosa futura (y con esto no queremos decir que la compraventa de cosa futura sea un precontrato, -S. 11 de febrero 1.976-, aunque lógicamente cabe el precontrato de cosa futura) versa sobre un piso. La Sentencia del 17 de febrero de 1.998 señala que la obligación asumida por la Constructora de entregar "un piso" no supone una cosa determinada si no total y absolutamente indeterminada, lo que supone indeterminación del objeto de la compraventa. En cambio la S. de 10 de marzo de 1.990 dice que "si evidentemente en el contrato [litigioso] uno de sus objetos -el piso- no viene concretado en su superficie, ni otras características esenciales como tipo de construcción, calidad, etc., ello no implica la necesidad de que se produzca sobre ello un nuevo convenio entre los contratantes, determinante de una equivalencia de falta de objeto ex art. 1.273 CC", al ser posible la determinación "en cuanto se previene en el contrato que será el que elija Dn. M. de entre los que construya Dn. J. en la obra que habría de llevar a cabo como consecuencia de la adquisición del inmueble a que se viene haciendo referencia, lo que genera adecuada determinación regida por el meritado art. 1.273 CC.

De la doctrina expuesta se deduce que para apreciar la determinabilidad del piso habremos de estar a las circunstancias fácticas incólumes en la instancia, y decidir, dentro del juicio jurídico de control casacional, si son suficientes para estimar que hay identificabilidad del objeto contractual.

V. RECAPITULACIÓN

Examinado todo lo anterior, como punto de partida, resulta evidente e indiscutible el reconocimiento de la validez de los contratos con objeto futuro, entendiéndose que en tales negocios jurídicos concurren todos los elementos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico. Dicho lo anterior, toda discusión acerca de si el contrato de aportación de solar a cambio de obra futura cuenta o no con objeto se zanja en sentido afirmativo debido a que el mismo se encuentra perfectamente delimitado y determinado en el momento de su conclusión. A la anterior afirmación contribuye la previa elaboración del correspondiente proyecto arquitectónico en el que aparecen descritas las piezas que conformarán el futuro edificio con toda minuciosidad; especialmente si se toma como referencia el hecho innegable de que el solar sobre el que se levantará el futuro edificio es «cosa presente» y se irá transformando conforme vayan evolucionando las obras.

Los argumentos que sirven para justificar esta postura son, en primer lugar, la incongruencia que supondría defender que el contrato objeto de este estudio carece de

objeto cuando, precisamente, el art. 1271 CC admite el carácter futuro de una determinada contraprestación. Lo que existe realmente son dos prestaciones cuyo cumplimiento no se lleva a cabo de forma simultánea en el tiempo —o, al menos, no en su integridad—, circunstancia de la que son plenamente conscientes los contratantes para todos los efectos que les puedan beneficiar o perjudicar. Por ende, si el legislador decidió establecer como posible objeto de un contrato a la cosa futura habrá que ajustarse a sus prevenciones y tomarlas en consideración. El límite lo impone el precepto siguiente, el art. 1272 CC, al dejar cercenada la posibilidad de concertar contratos sobre cosas o servicios imposibles, circunstancia que no puede predicarse de una cosa futura.

Asimismo, se debe poner en valor el art. 1258 CC, precepto que dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y *desde entonces obligan*. Esto sitúa en el ámbito del cumplimiento o incumplimiento contractual para el caso de que la cosa futura no llegara a existir, con las consecuencias y responsabilidades correspondientes pero el negocio jurídico diseñado por las partes está completo en cuanto a todos sus elementos esenciales y es perfectamente válido y eficaz. Todo ello sin olvidar que los contratantes pactan sobre una cosa futura en la seguridad de que la misma llegará a tener existencia efectiva con independencia del lapso temporal que transcurra hasta que la misma quede conformada según la expectativa y posibilidad física de cada objeto contractual.

A resultas de lo anterior, adquiere relevancia lo sostenido por GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA⁸⁹⁶ en el sentido de considerar que cuando se habla de pisos en construcción lo que se contempla es un «resultado futuro» pero no una cosa futura; para este autor realmente se trata de una cosa presente en transformación, de un objeto jurídico en formación que *ab initio* permite superar el estadio puramente obligacional. Idéntica argumentación efectúa ALONSO CASADO⁸⁹⁷ amparando el acceso del contrato

⁸⁹⁶ GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César: “La situación de prehorizontalidad...”, ob. cit., pág. 940. Esta aseveración engarzarán, según se verá con posterioridad, con los Fundamentos de la RDGRN de 16 de mayo de 1996 y el posterior RD 1867/1998, de 4 de septiembre.

⁸⁹⁷ ALONSO CASADO, José: ob. cit., pág. 1819.

de cambio de solar por obra futura al Registro de la Propiedad sobre la base de que no se trata de un contrato sobre «cosa futura» sino con «resultado futuro».

Sentadas las bases anteriores, atendiendo al derecho que ostenta el cedente del solar sobre la futura obra y su posible admisión como derecho real, se alcanzan los siguientes resultados:

1º) Resulta factible relativizar los requisitos clásicos de «inmediatividad» y de «absolutividad» aparejados a los derechos reales en el ámbito del contrato de aportación a cambio de obra futura. La contraprestación que el constructor está obligado a entregar al cedente, esto es, las unidades de obra que aquél se obliga a construir y a entregar, no gozan, en esencia, de existencia actual física o tangible. Sólo el solar que servirá de soporte al edificio terminado es «cosa presente». La clásica característica de la «inmediatividad» como requisito aparejado a todo derecho real, no podría sostenerse en puridad en el contrato que se estudia respecto a los inmuebles a entregar por el cesionario pero sí sobre la plataforma o base que servirá de sustento al edificio futuro.

En este sentido, pueden servir de ayuda para suavizar la rigidez de los requisitos clásicos otros supuestos contemplados por el ordenamiento jurídico como derechos reales en los que, si bien la cosa existe, no puede predicarse un poder directo e inmediato de su titular sobre la misma. Ciertamente, el ejemplo de un derecho real de garantía como el de hipoteca es perfectamente válido en este caso, debido a que la hipoteca no conlleva un poder directo e inmediato sobre la cosa hipotecada —el ordenamiento jurídico español proscribió el pacto comisorio—, ni tampoco la posibilidad de un ejercicio absoluto, al menos directo, por el acreedor hipotecario pues, para proceder a su ejecución, debe acudir inexorablemente al procedimiento judicial establecido legalmente, intermediando para la consecución de tal fin la autoridad judicial⁸⁹⁸, por mucho que la propia ley conceda un tratamiento especial al

⁸⁹⁸ GIORGIANNI, Michele: ob. cit., pág. 12, deja sentado que el ordenamiento jurídico no permite que el acreedor hipotecario satisfaga directamente su interés sino que necesita la cooperación del deudor y, en su caso, del órgano jurisdiccional. De ahí que considere que la doctrina moderna, «más sagaz», ha significado reiteradamente que la inmediatividad del poder del acreedor hipotecario resulta un concepto «evanescente».

procedimiento de ejecución hipotecaria en los arts. 681 y ss LEC⁸⁹⁹. Por tanto, a la hora de su defensa, se asemeja más esta situación a lo visto con respecto a los derechos personales y a la necesidad de colaboración de terceros para hacerlos valer.

Otro ejemplo palmario lo proporcionan las servidumbres negativas, en las cuales, el propietario del fundo dominante impone al propietario del fundo sirviente una auténtica «obligación» consistente en no llevar a cabo una actividad que el primero entiende de su interés⁹⁰⁰ pese a que la actividad que se prohíbe es perfectamente lícita⁹⁰¹.

De hecho, la doctrina científica ha interpretado el concepto de «tangibilidad» atendiendo no sólo a la materialidad actual de la cosa o a su aprehensión física por su titular sino acudiendo a una consideración más plegada a la adaptación del Derecho a la realidad en atención a la voracidad que practica ésta respecto a conceptos anquilosados. Un claro exponente es FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO⁹⁰², quien constata que la tangibilidad no es elemento esencial para la existencia de los derechos reales aunque el objeto no sea corporal, como sucede con la propiedad intelectual o la energía eléctrica como bienes inmateriales⁹⁰³. En la misma línea, LÓPEZ FRÍAS⁹⁰⁴ deja sentado que no

⁸⁹⁹ Lo mismo cabe decir en los supuestos en los que el acreedor hipotecario se ve obligado a interponer ante el Juzgado de Primera Instancia la denominada «acción de deterioro o devastación», recogida en el art. 117 LH, en relación con el art. 219.2 RH, cuando el deudor hipotecario deteriore la finca hipotecada, disminuyendo la misma de valor, interviniendo dolo, culpa o propia voluntad del dueño, a fin de que haga o no haga lo que resulte procedente para evitar o remediar el daño, de tal modo que, si persistiere en el abuso, se nombrará un administrador judicial.

⁹⁰⁰ Así ROCA SASTRE, Ramón M^a y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, Tomo I, 7^a edición, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 221. Por su parte, GIORGIANNI, Michele: ob. cit., pág. 14, concluye que la servidumbre negativa se realiza a través de una relación obligatoria y añade: «Que se trata de una verdadera y propia obligación es algo que resulta del hecho de que la observancia del comportamiento negativo del sujeto pasivo de la relación, es por sí sola suficiente para satisfacer el interés del titular de la servidumbre, lo que constituye la característica peculiar de la relación obligatoria». Sin embargo, profundizando en este concreto aspecto se ha generado el debate sobre la diferenciación de situaciones que pueden considerarse como «servidumbre negativa» o como «obligación negativa». Este punto es tratado por ARCO TORRES, Miguel Ángel del y Manuel PONS GONZÁLEZ: *Régimen jurídico de las servidumbres (Doctrina científica y jurisprudencial. Legislación. Formularios)*, Comares, Granada, 1989, págs. 90 a 92, ofreciendo una explicación que incide en el hecho de que la servidumbre negativa, como derecho real que es, implica un deber de no actuar ligado a la condición de propietario del fundo sirviente, transmitiéndose, de forma perpetua, a los sucesivos adquirentes. Por el contrario, la obligación negativa supone la existencia de un vínculo personal entre acreedor y deudor que no afecta a terceros y que tiene una duración limitada.

⁹⁰¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: “Servidumbre negativa y obligación de no hacer”, en *RCDI*, n° 514, mayo-junio 1976, pág. 629, abordando la distinción entre servidumbre negativa y obligación de no hacer y su complejidad técnico-jurídica, pone de manifiesto que la distinción adolece de un apriorismo: suponer de antemano cuándo un determinado derecho es de naturaleza real y cuándo es obligacional ya que ese conocimiento previo no siempre puede tenerse. El razonamiento para su hallazgo debe ser el inverso: en lugar de aplicar al derecho de que se trate las consecuencias que se derivarían de su diferente naturaleza según sea real u obligacional, el problema consiste en determinar cuál de las dos categorías corresponde a un concreto «poder jurídico» que la realidad suministra.

⁹⁰² FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: “¿Existen...?”, ob. cit., pág. 20.

cabe concebir que un derecho real recaiga sobre bienes indeterminados o totalmente futuros pero «ello no significa que esa existencia del objeto tenga que ir obligadamente referida a un sustrato material o tangible», dejando la puerta abierta a los conceptos de «construcción proyectada» y «existencia jurídica» analizados con anterioridad.

Todo lo expuesto en las líneas anteriores implica que el poder directo e inmediato sobre la cosa, la «inmediatividad» propia de todo derecho real, debe predicarse al amparo de otros recursos, como puede ser el concepto de «inherencia», tratado doctrinalmente por LASARTE ÁLVAREZ, GIORGIANNI, VALLET DE GOYTISOLO, CASTRO VITORES y FERRANDO NICOLAU⁹⁰⁵, entre otros. Así, para que surta el efecto pretendido, esta «inherencia» debería de sostenerse con independencia de la situación de hecho o de derecho en que se encuentre la cosa sobre la cual el titular de la misma pueda satisfacer su interés. Del mismo modo, es perfectamente defendible con respecto al concepto de «inmediatividad» la postura de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO⁹⁰⁶ por cuanto no puede pensarse que dicho requisito haya de predicarse inexorablemente referido a «actualidad de poder» sobre la cosa en todo momento sino que no se precisa para su efectividad la intervención de un tercero.

Por su parte, respecto a la otra característica clásica o tradicional de los derechos reales, la «absolutividad», la efectiva inexistencia tangible de la cosa hace que de antemano pudiera parecer incoherente su sostenimiento. Sin embargo, sirven idénticos

⁹⁰³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., págs. 188 y 189, conviene que la ley tipifica y protege especialmente a bienes inmateriales sobre los que recaen derechos subjetivos de carácter absoluto, aproximándose su régimen jurídico al de la propiedad, aunque a los referidos derechos se les considera como «propiedades especiales». Su conclusión en este particular es que: «en un plano teórico no hay especial dificultad para hablar de derechos reales sobre bienes inmateriales, siempre que se mantenga claro que son especiales o sui generis; y, desde el punto de vista práctico, que la aplicación a estos derechos de las normas relativas a los derechos reales clásicos, ha de ser una aplicación analógica con todas las dificultades que ello acarrea».

⁹⁰⁴ LÓPEZ FRÍAS, Ana: *La transmisión...*, ob. cit., pág. 49.

⁹⁰⁵ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Compendio de derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 64, quien refiere que la inherencia del derecho real al bien sobre el que recae es la nota más sobresaliente de este derecho. La existencia de un derecho real cualquiera atribuye a su titular la posibilidad de exigir a todos los miembros de la colectividad el respeto al mismo. También GIORGIANNI, Michele: ob. cit., págs. 21 y 26, donde deja patente que las hipótesis de obligaciones inherentes a una cosa se presentan cada vez más en el moderno Derecho de la edificación. Así, las relaciones jurídicas inherentes a una cosa se realizan por medio de relaciones obligatorias y las finalidades tenidas en cuenta por las partes pueden satisfacerse a través de la inherencia de la obligación a través del automático traspaso a los sucesivos adquirentes de la cosa. De ahí que se haya reconocido que se trata de una relación obligatoria desde el primer punto de vista y real desde el segundo. También VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Determinación de los derechos...», ob. cit., págs. 165 y 166; CASTRO VITORES, Germán de: ob. cit., págs. 20 y 21 y FERRANDO NICOLAU, Esperanza: «La cosa futura...», ob. cit., pág. 46.

⁹⁰⁶ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «El derecho de vuelo...», ob. cit., págs. 682 y ss.

argumentos a los expuestos *supra* para consagrar una concepción más avanzada de este requisito, concibiéndose la posibilidad de anticipar la existencia física o completa realidad de la cosa, de «cosificar» la obra futura, lo que hará viable la defensa *erga omnes* de las unidades de obra que corresponderán al cedente del solar.

En resumen, lo que subyace de las líneas anteriores es el hecho notorio y admitido de la atemperación de las características tradicionales de «inmediatividad» y «absolutividad» concurrentes en todos los derechos reales, con ejemplos en la práctica cuya elevación a la categoría de derecho real depende directamente de la voluntad de las partes de proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad como sucede con los arrendamientos o con el derecho de opción de compra. De ahí que FERRANDO NICOLAU⁹⁰⁷ no considere insalvables las dificultades encontradas para admitir un objeto futuro en el ámbito de los derechos reales si se interpreta la inmediatividad y la absolutividad como «sujeción» del titular sobre los bienes, excluyéndose la intervención de los terceros que intenten impedir la existencia de los bienes futuros sobre los que se ha negociado, criterio con el que se está completamente de acuerdo. Esta aseveración engarza asimismo con lo examinado acerca de la posibilidad de transmisión de la cosa efectuada por un no poseedor y su aceptación como válida.

2º) Innecesariedad de crear un nuevo derecho real *ad hoc* en virtud del sistema de *numerus apertus* para justificar un derecho real sobre cosa futura a favor del cedente del solar. Si bien el ordenamiento jurídico español acoge el sistema de *numerus apertus* de derechos reales, no es necesario en el específico ámbito del contrato de aportación de solar el intento de trazar las líneas básicas de un nuevo o incipiente derecho real con respeto a los límites fijados para la autonomía de la voluntad de las partes, ni tampoco forzar su inclusión o amoldamiento en alguna de las figuras típicas para conseguir de inmediato su acceso al Registro de la Propiedad.

⁹⁰⁷ FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La cosa futura...”, ob. cit., pág. 64.

Existen argumentos más que suficientes para evitar un rodeo de semejante calibre con el punto de mira puesto en dotar de un plus de protección al derecho del anterior dueño del suelo.

Lo que se apunta proviene de la insatisfactoria solución que se desprende del examen de los enfrentados sistemas de *numerus apertus* y de *numerus clausus*. Por un lado, el *numerus clausus* admite cierta flexibilidad dentro de los tipos prefijados⁹⁰⁸ y, por otro, el sistema de *numerus apertus* no es tan abiertamente permisivo como *a priori* pudiera parecer⁹⁰⁹. Por todo ello, se prefiere buscar soluciones o respuestas más directas a la problemática que ocupa este trabajo, dirigiendo el enfoque de la autonomía de la voluntad de los contratantes a la hora de crear o modular un derecho real en el contrato de cesión del solar por obra futura a potenciar la transmisión simultánea de las piezas de la edificación futura. Dicho en otras palabras, se estaría incidiendo sobre un derecho real, el derecho real de propiedad, pero la actuación volitiva de las partes en este específico ámbito se muestra con toda intensidad en lo que sería una anticipación convencional de la transmisión de la propiedad.

Entre las Resoluciones de la DGRN que se pronuncian al respecto destaca la de 13 de julio de 2005⁹¹⁰, comentada con anterioridad, resolviendo un recurso gubernativo

⁹⁰⁸ SERVAT ADUÁ, José: ob. cit., pág. 758, lo describe perfectamente cuando deja sentado que «la idea del *numerus clausus* en los derechos reales implica acotamiento, pero no agotamiento».

⁹⁰⁹ También SERVAT ADUÁ, José: ob. cit., pág. 753: «Sin duda alguna, todos estos temores determinaron a nuestra Dirección general a *oscurecer* el sentido del *numerus apertus*, reconociendo que sí que está sancionado por el Reglamento hipotecario, pero condicionando o limitando de tal modo su admisión que el artículo del Reglamento [se refiere al art. 7 RH] ha quedado reducido poco menos que a una declaración especulativa».

⁹¹⁰ RJ 2005, 5654. Los hechos que dan lugar a esta Resolución giran en torno a la presentación ante el Registro de la Propiedad nº 1 de Lloret del Mar de una escritura pública de compraventa de un edificio «en mal estado de conservación y afectado urbanísticamente», por precio aplazado. Asimismo, los otorgantes, con número de protocolo posterior, otorgan un Acta en el que expresan que si antes de la expiración del plazo establecido para el pago aplazado, la finca estuviera edificada o en trámite de serlo, el pago de precio sería sustituido «necesariamente» por la cesión y entrega de un doce por ciento en los elementos materiales de la obra resultante de la totalidad de la finca transmitida. El registrador de la propiedad no practica la inscripción por considerar que no puede gozar de la protección tabular un derecho a la entrega de obra futura, de conformidad con el tenor literal del art. 13 RH. La viuda del cedente del solar interpone el recurso gubernativo en el que alega que el TS tiene acuñada una invariable doctrina acerca de que nuestro sistema inmobiliario está basado, *ex art. 2 LH*, en la inscripción de títulos que presenten naturaleza real, si bien no prima un criterio de *numerus clausus* sino que, al contrario, se erige por encima de la anterior la tesis del *numerus apertus*, quedando obligado el registrador a estudiar cada caso concreto a fin de determinar si se evidencian los caracteres típicos del derecho real: absolutividad e inmediatez, defendiendo que el pacto cuya inscripción se pretende es de naturaleza real. Sobre esta base, el Centro Directivo, en el Fundamento de Derecho Tercero concluye lo siguiente: *Se ha discutido mucho la naturaleza real u obligacional del derecho del cedente en el contrato que permuta el solar por una parte de la edificación futura. El artículo 13 del Reglamento Hipotecario, según la redacción que le dio el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de acuerdo con la doctrina más autorizada, había optado por configurarlo como real si se constituía como una comunidad especial el derecho consistente en la «transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir» que aparecieran descritos como exige la Ley de Propiedad Horizontal. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083) (Sala 3.ª) declaró ilegales los tres primeros párrafos de tal artículo 13, por entender que un derecho real no puede recaer sobre un objeto inexistente y porque dicha regulación reglamentaria alteraba el régimen legal de la propiedad consagrado por el artículo 609 del Código Civil. No*

en el que la recurrente pretendía la constancia registral de su derecho a la entrega por el cesionario de la obra futura en base a la vigencia del sistema de *numerus apertus* de derechos reales, denegando, en cambio, el Centro Directivo la inscripción postulada por no estar en presencia de un auténtico derecho real como hubiera sido la existencia de una comunidad sobre el solar según los antecedentes existentes en el art. 13 RH tras la reforma efectuada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, aunque posteriormente fuera anulado parcialmente por la Sala 3ª del TS.

3º) Necesaria redefinición del concepto de derecho real. Engarzando con lo anterior, cualquier consideración en torno a la admisión del derecho del cedente como derecho real y la adquisición de la propiedad sobre las piezas de futura edificación desde que se suscribe el contrato privado o la escritura pública de permuta pasa por lo que algunos autores han denominado como «redefinición»⁹¹¹ del concepto de derecho real. Aquí se entronca de nuevo con el concepto de «inherencia» ya referido con anterioridad así como con la idea del «interés o utilidad actual» que presenta la cosa futura⁹¹².

Este «interés» sobre la cosa ya ha sido puesto de manifiesto por el propio TS⁹¹³ al defender que la concepción actual del poder del propietario se extiende hasta donde alcanza su «interés», a fin de dejar patente que se tiene por superada la herencia de la doctrina romanista medieval plasmada en el aforismo *usque ad sidera et usque ad inferos*, atendiendo al hecho de que la propiedad inmobiliaria recaía exclusivamente sobre el solar sino también sobre el vuelo y el subsuelo del mismo.

obstante, como se ha dicho acertadamente, si en el contrato se establece una comunidad sobre el solar, no cabe duda de que tal comunidad sería inscribible, pues la copropiedad del solar es evidentemente un derecho real y recae sobre un objeto existente. Lo que ocurre en el presente caso es que no se establece ninguna comunidad sobre el solar, sino el derecho a una parte de lo construido que no consta que exista, y es claro que no cabe un derecho real sobre una cosa no existente aún, y tampoco se establece garantía real sobre la contraprestación pactada (cfr. párrafo final del citado artículo 13), que podría inscribirse de conformidad con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. La doctrina del «numerus apertus» que alega la recurrente no permite que cualquier derecho sea inscribible, pues para que lo sea el derecho cuya inscripción se pretenda ha de tener las características propias del derecho real.

⁹¹¹ FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La cosa futura...”, ob. cit., pág. 38, considera que en la actualidad, el tema de la futuridad en relación con el objeto de los derechos reales está cobrando nueva importancia debido a las nuevas realidades que han aparecido en la práctica tales como los negocios sobre construcciones meramente proyectadas, la posibilidad de hipotecar dichas construcciones o la permuta de suelo por obra futura.

⁹¹² FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La cosa futura...”, ob. cit., pág. 64.

⁹¹³ STS de 23 de junio de 1998 (RJ 1998, 4744).

CASTRO VITORES⁹¹⁴ viene a conectar la idea de inmediatez del derecho real con la inherencia sobre la cosa ya expresada, indicando que dicha inherencia significa estar la cosa «marcada» por la atribución. De esta forma, el poder que ostenta el titular del derecho real, la inmediatez sobre la cosa, «no es tanto físico cuanto inherente a la cosa», extremo que le permite la realización de su «interés», es decir, conseguir el objeto de la tutela frente a cualquier tercero.

La utilidad «de presente» de la cosa futura salva en el contrato a suscribir la certeza de su inexistencia actual y ello porque se está atribuyendo por las partes, de común acuerdo y de forma voluntaria, efectos jurídico-reales.

Destacar, asimismo, la opinión de MEDINA DE LEMUS⁹¹⁵ quien considera que el inmueble futuro existe por tener apoyo en el solar permutado y en el proyecto arquitectónico, presentado una inherencia sobre la cosa que hace posible su acceso al Registro de la Propiedad.

Así, como refuerzo de este argumento cabe remitirse al contenido de la RDGRN de 16 de mayo de 1996 al considerar que el edificio en construcción es un objeto jurídico complejo y en continuo proceso de transformación, doctrina que más tarde tuvo incluso su plasmación normativa en el art. 13 RH.

4º) Existencia de zonas comunes o intermedias entre los derechos reales y los derechos de crédito. Lo expresado en el punto anterior gana fuerza y consistencia al haber comprobado anteriormente que la diferencia entre el derecho real y el derecho de crédito no es tan tajante como tradicionalmente la dogmática había venido admitiendo, aflorando esas zonas comunes de confluencia ya vistas y detectadas por la doctrina científica —de «vasos comunicantes» se calificaban en este estudio dada la interconexión existente—. Hay que recordar que a esas zonas comunes aludían

⁹¹⁴ CASTRO VITORES, Germán de: ob. cit., págs. 21 y 22.

⁹¹⁵ MEDINA DE LEMUS, Manuel: *Derecho de propiedad horizontal...*, ob. cit., pág. 84.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA y Díez-PICAZO y GULLÓN⁹¹⁶ al referir que sería más oportuno hablar de situaciones oponibles y no oponibles a terceros, escenario perfectamente encajable en el contrato objeto de la presente investigación por ser la anhelada constancia tabular la que busca el cedente del solar para defenderse con solvencia de las posibles agresiones de terceros.

5º) La «elasticidad» del derecho de dominio como refuerzo de la tesis favorable a admitir un derecho real sobre cosa futura. Hay autores⁹¹⁷ que admiten un derecho real sobre cosa futura desmenuzando las facultades que tradicionalmente se admite integran el derecho de propiedad —*ius utendi, fruendi, disponendi, abutendi et vindicandi*—, entendiendo el derecho de propiedad como la clave de bóveda de los derechos reales⁹¹⁸.

En el concreto caso del contrato de aportación de solar a cambio de futura edificación, para admitir un derecho real sobre cosa futura, habría que atender a la «elasticidad» del derecho de dominio que predicen LASARTE ÁLVAREZ y Díez-PICAZO⁹¹⁹, como cualidad que ostenta dicho derecho y por la que, bien por ley, bien por voluntad de las partes, los titulares pueden quedar privados de alguna de las facultades que lo componen, expandiéndose o contrayéndose según las situaciones. Esta concepción es defendida igualmente por los partidarios de la eficacia jurídico-real de la

⁹¹⁶ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a Goñi: “La especialidad...”, ob. cit., pág. 314 y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS: ob. cit., pág. 43.

⁹¹⁷ FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La cosa futura...”, ob. cit., págs. 49 y ss., así lo afirma, centrando su análisis en una consideración de los derechos reales desde el punto de vista positivo, como un «haz de facultades», partiéndose de los derechos reales limitativos del dominio como derechos autónomos, dotados de contenido propio. Según su criterio, si se siguiera atendiendo a los derechos reales desde un punto de vista pasivo, como meros gravámenes del derecho de propiedad, implicando detracción de algunas facultades de éste, conforme era frecuente en la doctrina tradicional, no parece posible considerar la posibilidad de hacerlo recaer sobre cosa futura. Por su parte, RAMÓN FERRANDIS, José: “La propiedad de los bienes inmateriales” en *Propiedad y Derecho Civil*, pág. 112, también admite que la doctrina, con el tiempo, fue poniendo de relieve el carácter elástico del dominio.

⁹¹⁸ Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: “Propiedad y Constitución”, en *Propiedad y Derecho Civil*, Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pág. 14, habla de suma de facultades o contenido del derecho de propiedad tradicionalmente contenido en el art. 348 CC, precepto que recoge la ideología liberal francesa.

⁹¹⁹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Compendio...*, ob. cit., pág. 63, la define como: «posibilidad de que el propietario utilice por entero todas las facultades que el ordenamiento jurídico le atribuya y reconozca sobre los bienes; o que, por el contrario, utilice parte de su poderío sobre la cosa, permitiendo al mismo tiempo que otras personas ejerciten ciertas facultades parciales sobre ella». Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...VI*, ob. cit., pág. 35. A su vez, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: ob. cit., pág. 234, deja patente la elasticidad como nota caracterizadora del derecho de propiedad, aludiendo a la «llamada permanente a dichas facultades» que ostenta el titular del derecho de dominio aunque en un determinado momento carezca de alguna de ellas. Por su parte, conectado con la cosa futura aparece FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La cosa futura...”, ob. cit., pág. 49: «Si las facultades de los derechos cambiaran al recaer sobre cosa futura sería tanto como admitir que el contenido de cada derecho puede ser variable en función de que un objeto sea actual y presente o meramente potencial».

escritura pública como hace GONZÁLEZ CARRASCO⁹²⁰, estableciendo que debe quedar constancia patente en el instrumento público de la voluntad de las partes de extraer la facultad dominical del titular del bien, quedando fuera de su patrimonio desde su otorgamiento, sirviendo así como legitimación para oponer la correspondiente tercería de dominio.

A priori resulta pacífico que tanto el *ius fruendi*⁹²¹ como el *ius abutendi* resultan prácticamente imposibles sobre una cosa futura por su inmaterialidad de presente. En efecto, el titular del derecho real sobre el objeto futuro no podrá percibir frutos del mismo en tiempo actual así como tampoco podrá decirse que ostenta la facultad de abusar, transformar o destruir la cosa en que consiste el *ius abutendi* por los mismos motivos de su falta de realidad física.

Sí, en cambio, es defendible el *ius disponendi* respecto a un objeto futuro aunque siempre en relación con la cosa que le sirve de soporte, esto es, el solar, sucediendo lo mismo con el *ius vindicandi*. Se conecta desde ahora mismo con uno de los núcleos del presente trabajo debido a la importancia que adquiere cómo se dota de «existencia» a la cosa futura y desde cuándo puede predicarse dicha existencia o realidad de la cosa. Idéntico comentario procede en relación a la descripción de la futura edificación según demanda el principio de especialidad registral, como argumento reforzado para la defensa de una «transmisión actual» de la obra futura.

En definitiva, llegados a este punto, los conceptos de «inherencia», «sujeción» e «interés de presente» de la cosa futura se convierten en las ideas-fuerza sobre las que puede sostenerse un derecho real sobre objeto futuro y sobre los que podría articularse la defensa de una transmisión simultánea de las unidades de obra a entregar por el cesionario, reinterpretando la noción tradicional de derecho real.

⁹²⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: “Tercería de dominio...”, ob. cit., pág. 276.

⁹²¹ En cuanto a la facultad de disfrute la única opción es vincularlo al «interés» según lo ya visto anteriormente, en el sentido de que una cosa futura puede satisfacer en el presente el interés que tenga el titular de la misma, circunstancia que hace que la indicada cosa futura pase a formar parte del patrimonio del sujeto en cuestión y pueda comerciar con la misma. Así FERRANDO NICOLAU, Esperanza: “La cosa futura...”, ob. cit., pág. 46, conectando también lo anterior con el derecho o facultad de accesión que incide de forma directa en el contrato objeto de nuestro estudio.

Ahora bien, es de resaltar, como ya se ha hecho anteriormente en el presente capítulo, la importancia que encierra la interpretación sociológica del art. 3.1. CC, pues si bien es cierto que las normas van deviniendo obsoletas por el transcurso del tiempo y necesitan de una interpretación acomodada a la realidad que se vive, no es menos cierto que dicha interpretación puede implicar forzar en cierta manera la norma en cuestión para que pueda subsumirse en la misma un determinado supuesto de hecho que, bien por tener su origen en la creación de los particulares, bien por haber surgido espontáneamente, necesita de amparo positivo. Con esto se quiere dejar sentado el alto componente de opinión que existe en esta materia por haber quedado huérfana de toda regulación sustantiva por la STS (Sala 3^a), de 31 de enero de 2001, quedando abocados, mientras no se vuelva a procurar su inclusión en el ordenamiento jurídico, a construcciones que necesariamente se apartan de las teorías tradicionales.

CAPÍTULO XVI

ARGUMENTOS QUE REFUERZAN LA TEORÍA DE LA EFICACIA JURÍDICO-REAL DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE REFUERZAN LA TEORÍA DE LA EFICACIA JURÍDICO REAL DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.- II.1. El elemento sociológico del art. 3.1. CC.- II.2. El carácter tridimensional del derecho de propiedad.- II.2.1. El proyecto arquitectónico.- II.2.2. El principio registral de especialidad.- II.2.3. El aprovechamiento urbanístico.- II.2.4. La admisión de propiedades horizontales *de facto*.- II.3. Suma de ficciones

I. INTRODUCCIÓN

Una vez efectuado en los capítulos precedentes el estudio de las diferentes teorías doctrinales en torno a la eficacia transmisiva de la escritura pública de permuta de solar por obra futura, la presente investigación se pronuncia taxativamente a favor de admitir los efectos jurídico-reales de la misma siempre y cuando concurren los requisitos anteriormente examinados: la voluntad indubitada de las partes de que se produzca automáticamente el doble efecto transmisivo solar-inmuebles futuros y la determinación del objeto contractual, extremo que puede llevarse a cabo, bien mediante la previa división horizontal del edificio o bien mediante el recurso a la prehorizontalidad, en virtud del art. 8.4 LH, aun cuando los departamentos del edificio a construir se encuentren «meramente proyectados», para dotar de existencia jurídico-registral a los diferentes pisos o locales que lo conforman.

A juicio del presente trabajo la admisión de la eficacia jurídico-real del instrumento público conjuga perfectamente el mantenimiento de la teoría del título y el modo como sistema de transmisión de la propiedad con la necesidad de dar la relevancia que merece en este concreto ámbito a la interpretación sociológica contenida en el art. 3.1 CC para defender la evolución acompasada del Derecho con los avances técnicos y sociales.

No obstante, dicho lo anterior, procede ahondar en la búsqueda de más argumentos con objeto de cimentar y consolidar esta posición y, a ser posible, profundizar en la posibilidad de que el momento transmisivo acaezca lo antes posible en aras de prestar mayor cobijo al cedente como la parte del negocio jurídico que inicia su vínculo contractual con una situación de desequilibrio evidente en comparación con el cesionario.

Se considera que el primero de los requisitos para que opere el fenómeno transmisivo, esto es, el reflejo de la inequívoca voluntad de las partes, no suscita mayor controversia bajo la contundente cobertura de la libertad de pactos reconocida por el ordenamiento jurídico, siempre dentro del marco de respeto infranqueable que fija el propio art. 1255 CC. Los contratantes pueden dejar constancia expresa en la escritura pública de su deseo de que la doble transmisión de la propiedad: solar-inmuebles futuros, tenga lugar automáticamente desde el momento del otorgamiento porque ésa es su verdadera intención, es lo que les mueve a concertar el contrato ó, simplemente, es la exigencia del cedente como parte más desfavorecida en el intercambio⁹²².

Sin embargo, sin la concurrencia del segundo requisito, el relativo a la perfecta delimitación del objeto del contrato, no es factible defender que se ha consolidado la adquisición del dominio por toda la problemática que rodea a la falta de materialidad del objeto futuro, según se ha venido exponiendo a lo largo del presente trabajo. Este

⁹²² Para LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: “El derecho del cedente...”, ob. cit., pág. 706 y ARNAU MOYA, Federico: “La transmisión de la propiedad...”, ob. cit., pág. 673, la transmisión simultánea del solar y de los elementos futuros a entregar al cedente puede haberse configurado como la causa del contrato, pudiendo entenderse que la no admisión de la transmisión actual de ambas contraprestaciones origine que el contrato quede sin causa.

segundo requisito es el que mayor refuerzo requiere y este cometido es el que se pretende llevar a cabo en el presente capítulo.

En efecto, salvo que mediante contrato privado se suscriba el negocio jurídico de aportación de solar por obra futura en una fase embrionaria⁹²³, lo usual es que el promotor-constructor inmobiliario cuente con, al menos, un anteproyecto de lo que será la futura edificación para que el dueño del solar pueda obtener una idea lo más real posible de cómo será la contraprestación que ha de recibir ulteriormente. De hecho, la descripción que puede llegar a constar en la escritura pública de permuta de solar por obra futura respecto al edificio a construir así como de todos y cada uno de los departamentos en los que éste quedará dividido horizontalmente, proviene de la contenida en el proyecto arquitectónico que se ejecutará por el constructor-cesionario. La pormenorizada descripción que se haga en la escritura de permuta tanto de elementos comunes como privativos puede ser perfectamente transcrita y extrapolada a la posterior escritura de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal. De ello se deduce sin ambages que se considera suficiente la descripción antedicha dando cumplimiento a los requisitos exigidos por el principio de especialidad al quedar perfectamente identificado el objeto.

Para apostillar cuanto se dirá respecto a la posibilidad de determinar con exactitud los departamentos que corresponderán al cedente del solar, hay que recurrir al urbanismo, pilar fundamental que debe tomarse en consideración como instrumento o herramienta para facilitar una completa y correcta delimitación de los pisos o locales a construir. La evolución de este campo del Derecho ha sido fulgurante y ello ha obligado al Derecho Civil a contemporizar con el mismo para que ambas ramas del ordenamiento jurídico pudieran complementarse⁹²⁴. La fortaleza del derecho de propiedad, como cumbre de los derechos reales, ha sido mitigada por la función social que debe cumplir

⁹²³ Supuestos en los que es preceptivo el desarrollo urbanístico del suelo para que adquiera la condición de edificable; casos en los que se requiere demoler previamente una edificación subsistente en el solar, extremo al que va unido la consecución de las licencias administrativas para ello, etc.

⁹²⁴ Así lo pone de manifiesto MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los: “Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas”, en *ADC*, 1980, fascículo I, pág. 3, habla del «Derecho nuevo» que ha venido a regular las transformaciones operadas en la práctica. La propiedad privada —asevera— no sólo viene «limitada» sino también «modificada» por las actuaciones urbanísticas, alejándose su contenido conceptual cada vez más del tenor literal del art. 348 CC. También hace referencia a este extremo CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M^º: “Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores”, en *RCDI*, nº 620, enero-febrero 1994, págs. 9 y 10.

la misma y por las nuevas y avasalladoras realidades jurídicas que reclaman y necesitan de regulación para evitar desequilibrios y abusos.

El planeamiento urbanístico determinará con carácter previo al inicio de la ejecución material de la edificación cuál será la edificabilidad o aprovechamiento urbanístico asignado a un determinado solar, herramienta que trasladará el arquitecto proyectista al proyecto arquitectónico que se desarrollará ulteriormente. Así, el desarrollo de las técnicas constructivas y la expansión vertical de las ciudades, hace posible discernir el carácter tridimensional del derecho de propiedad y saber con precisión y de antemano cómo será la construcción futura al mínimo detalle.

En resumen, las líneas que preceden han querido ser un esbozo de las herramientas o instrumentos que a continuación se van a exponer para asentar la tesis de la transmisión directa de los inmuebles futuros mediante escritura pública, refrendando la posibilidad de «cosificar» la obra futura, para solventar de forma definitiva el mayor obstáculo con el que se encuentra esta concepción: la falta de materialidad de la cosa.

II. ARGUMENTOS QUE REFUERZAN LA TEORÍA DE LA EFICACIA JURÍDICO-REAL DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

II.1. El elemento sociológico del art. 3.1. CC

La reiterada alusión a los avances en la práctica negocial, a la aparición de nuevas realidades contractuales y al Derecho como herramienta que esculpe y modula las mismas para un encaje ortodoxo en el ordenamiento jurídico, desemboca en que ineludiblemente haya que hacer mención al art. 3.1. CC como soporte o ayuda para adoptar una posición más avanzada en cuanto a la transmisión de la propiedad en los contratos de aportación de solar por obra futura y a la clásica y hermética distinción entre derechos reales y derechos de crédito.

Hechas las anteriores consideraciones cabe decir que, entre los diferentes criterios hermenéuticos de interpretación de las normas jurídicas que contiene el precepto citado, destaca a los efectos que a este estudio interesan el «elemento sociológico»⁹²⁵, por el cual, las normas han de interpretarse según *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*. Se trata de un criterio nuclear a la hora de poder dar una interpretación coherente en tiempo presente a normas que la práctica diaria se encarga de dejar obsoletas. No en vano, aun a sabiendas que el Derecho está vivo y en constante evolución, ha de afrontar realidades que con carácter expreso no están contempladas en las normas vigentes debiendo amoldarse en su interpretación al sentir coetáneo hasta la aprobación de la normativa legal *ad hoc*; en otras palabras, se ha de conectar una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho que no es el previsto expresamente en la norma debido a la constante mutación de la realidad social pero, al mismo tiempo, ha de atenderse en la solución de cada conflicto planteado a lo que es socialmente admitido en ése específico instante.

El «tiempo» al que se refiere el precepto en el que habrán de ser aplicadas las normas, se afirma que es el momento en que el juez conoce del litigio planteado. En este sentido VÁZQUEZ-BOTE⁹²⁶ sostiene que el Derecho es una forma de resolver los conflictos de la vida, siendo incuestionable que «toda solución jurídica, para serlo efectivamente, debe captar fielmente la realidad, aprehender los intereses en conflicto dignos de tutela y orquestar la solución más fiel a esos intereses». De no ser así, lo que se revela es la insuficiencia del ordenamiento jurídico para encontrar tales soluciones, abocando a los particulares a buscar y explorar otras vías que pueden suponer un alto coste social al basarse en criterios eminentemente prácticos.

O'CALLAGHAN MUÑOZ⁹²⁷ afirma que el elemento sociológico tiene especial importancia al analizar la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas,

⁹²⁵ CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley", en *ADC*, 1977, fascículo IV, pág. 832, define este elemento como aquel integrado por factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico. VALLADARES RASCÓN, Etelvina en BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán y Fernando PEÑA LÓPEZ: *Comentarios al Código Civil*, Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 49, menciona que el cambio en los hechos existentes al promulgarse una norma o en los criterios dominantes de valoración social, puede cambiar el sentido de la ley al cambiar el sentido de las palabras o el valor que la sociedad atribuye a los conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo: «buen padre de familia», «buenas costumbres».

⁹²⁶ VÁZQUEZ-BOTE, Eduardo: ob. cit., págs. 235 y 236.

⁹²⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: ob. cit., pág. 26.

teniendo en cuenta la vida en la que está inmersa la sociedad y evitando que las normas vayan contra la realidad social del tiempo actual ya que ésta puede diferir enormemente de la del tiempo en que fueron dictadas tales normas. Asimismo, refuerza la importancia de este criterio hermenéutico al sostener que es el que más ha contribuido a la evolución en la interpretación y aplicación de las normas.

El primer botón de muestra de lo que puede suponer un eventual desfase normativo son determinados arts. del CC de 1889, pensado para los usos y necesidades del siglo XIX. La lectura de algunos de sus preceptos puede resultar incluso novelesca al encontrar acepciones como «amos», «criados», «menestrales», «dotes para doncellas pobres», etc., términos y situaciones jurídicas de uso común en el contexto socio-cultural del momento histórico en el que ve la luz el texto codificado pero absolutamente trasnochados y superados actualmente.

Lo expuesto puede apreciarse nítidamente también al repasar la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal al interpretar el art. 1591 CC antes de la entrada en vigor de la LOE⁹²⁸ como claro exponente del elemento sociológico.

Ahora bien, sentado lo anterior, debe quedar patente que los criterios de interpretación contenidos en el art. 3.1 CC son meramente admonitorios. Por consiguiente, no se permite su cita directa a la hora de interponer un recurso de casación toda vez que la incorrecta o nula aplicación del precepto sólo supondrá una infracción de ley si se ha efectuado una interpretación errónea de la ley sustantiva aplicable⁹²⁹.

⁹²⁸ El reconocimiento del carácter anacrónico y defectuoso de la normativa contenida en el CC sobre el contrato de obra lo pone de relieve Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Ley de Edificación...”, ob. cit., págs. 5 a 7, al contrastar la reglamentación en el ámbito de la construcción introducida por la LOE con los arts. 1588 a 1600 CC. En este sentido, concluye que las normas no permanecen inmutables en el tiempo sino que han de convivir e integrarse con el resto de las existentes: «Por más que los autores de textos después convertidos en leyes puedan creer que, tras su promulgación, éstas se presentarán ante el mundo como virginales y que como virginales —sin contaminación— van a continuar viviendo, de manera que puedan desplegar su eficacia protegidas por una especie de cordón sanitario, ello no pasa de ser una cabal ilusión. Todas las normas legales se integran en un bien conocido conjunto que se suele denominar «ordenamiento jurídico», en el cual se establecen entre ellas inevitables conexiones, lo que significa que unas se interpretan por las otras y que unas pueden restringir la eficacia que las demás puedan tener o pretendan tener».

⁹²⁹ VALLADARES RASCÓN, Etelvina: ob. cit., pág. 48.

En torno a las realidades sociales que han de atenderse, LASO MARTÍNEZ⁹³⁰ reseña que «se está configurando un modelo nuevo de aportación de soluciones a realidades sociales cambiantes sin rectificar intermitentemente los textos y dando cabida a nuevos conceptos que rompen el dogma que todavía en ocasiones parece aprisionar a nuestros autores actuales cuando piensan que cualquier intento de modernizar y ensanchar el campo de intervención del Registro es contrario a los cánones, olvidando que es precisamente la realidad social la que clama por ello». Estas palabras las recoge el referido jurista al referirse a unas reflexiones de GONZÁLEZ MARTÍNEZ sobre las casas divididas por pisos efectuadas en 1929, en las que llega a una serie de conclusiones de «una evidente y sugestiva metodología para el jurista de cualquier época», encabezando las mismas de esta forma: «La insuficiencia e inadecuación de los textos legales a las realidades nuevas y palpitantes de la sociedad». Expone que la Ley ni tiene por qué prever toda la evolución futura ni tampoco ha de ser retocada continuamente. Si el Derecho sigue a la vida es consustancial a aquél que en determinados momentos se vea desfasado.

Dentro del específico ámbito edificatorio en el que se enmarca el presente trabajo, LASO MARTÍNEZ evoca que la nueva realidad social de la construcción de casas divididas por pisos y pertenecientes a varias personas inspiró el régimen especial de la Ley de 26 de octubre de 1939, sobre construcción, gravamen y régimen de pisos o partes determinadas, el cual modificó el art. 396 del CC y posteriormente la LPH, de 21 de julio de 1960, siendo herederas estas normas de una «realidad social avasalladora» que dio lugar a dos fenómenos singulares: la transformación de las ciudades y la multiplicación de nuevas formas de propiedad.

Resulta también muy explícito al respecto Díez-PICAZO⁹³¹ al sostener que «el ordenamiento jurídico, sobre todo en el mundo de las relaciones de índole económica y

⁹³⁰ LASO MARTÍNEZ, José Luis: “De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios”, en *RCDI*, nº 619, noviembre-diciembre 1993, págs. 1824 y ss. También SERVAT ADUÁ, José: ob. cit., pág. 758: «El Derecho evoluciona al compás de la vida y de las nuevas concepciones económicas y sociales. Unas instituciones perviven; otras caen en desuso; otras evolucionan para adaptarse a las nuevas necesidades; otras, en fin, surgen a la vida jurídica por imperio de la voluntad humana que, a necesidades nuevas, provee con fórmulas nuevas que el Derecho positivo no tiene más remedio que recoger y sancionar [...] Por lo tanto, la voluntad humana puede seguir y seguirá elaborando nuevos tipos de derechos reales como fórmulas jurídicas las más adecuadas para las nuevas necesidades que vayan surgiendo».

⁹³¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión”, en *RCDI*, nº 455, julio-agosto 1966, pág. 830. Este mismo jurista efectúa una descripción poética pero certera de cuanto se está exponiendo en su obra *Memoria de Pleitos*, Aranzadi (Thomson-Civitas), Pamplona, 2005, pág. 307: «Los libros de Derecho son

patrimonial, no decreta la absoluta inmovilidad o invariabilidad de las relaciones jurídicas, sino, por el contrario permite y regula estas alteraciones, puesto que a través de ellas puede encauzarse y realizarse de una manera más perfecta aquellos intereses que las normas tratan de ordenar y amparar».

Con referencia expresa al contrato de aportación de solar, MUÑOZ DE DIOS⁹³² confirma el principio de que «el Derecho está hecho para la vida y no la vida para el Derecho», considerando con buen criterio que las relaciones negociales obedecen a «impulsos de necesidad», tratando el jurista de adaptarlas, buscando aquél el encaje que pueda ser de utilidad dentro de las formas típicas del ordenamiento jurídico. Así, será la jurisprudencia la que determine el acierto total o parcial, viéndose el legislador en última instancia obligado a regular esa realidad emergente «dándole el espaldarazo del reconocimiento legal».

De ahí que, atinadamente, SERRANO CHAMORRO⁹³³ reconozca el papel primordial en todo el proceso evolutivo de la norma a los sujetos pasivos de las mismas y, en el ámbito del contrato objeto de la presente investigación, a la intervención creciente de los propietarios de las viviendas en proceso de construcción. En efecto, es este aspecto otra de las claves de bóveda del avance legislativo en función de las necesidades acuciantes del momento ya que, generalmente, serán los actores del sector en cuestión los que para concluir su negocio jurídico busquen alternativas para llegar a buen puerto. Esta participación en la conclusión de contratos puede dar lugar, sin ni siquiera ellos percatarse, al advenimiento de nuevas realidades jurídicas carentes de

abstrusos a fuerza de ser abstractos y puede ser útil demostrar que el Derecho está en la vida antes que en los libros y que está allí con un temblor que en los libros no tiene y que los libros no pueden ni soñar. A lo mejor, acercarse a este temblor nos facilita algunas claves».

⁹³² MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar...*, ob. cit., pág. 13.

⁹³³ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: “El apogeo de la permuta...”, ob. cit., págs. 1668 y 1669, hace una descripción acorde con cuanto se está exponiendo acerca de la necesaria adecuación de las normas a las nuevas realidades ya que éstas también envejecen: «La construcción de nuevas viviendas se ha convertido en un proceso económico y social de acusada dinamicidad. Las nuevas técnicas de gestión económica presionan sobre el derecho solicitando el reconocimiento jurídico de nuevos bienes, actos y relaciones. Y si el derecho no responde a las nuevas exigencias económicas, las instituciones jurídicas envejecen y se desechan. En este proceso interesa destacar la intervención creciente de los propietarios de viviendas y departamentos en el proceso de construcción». También ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “Algunas consideraciones en torno al derecho de propiedad inmobiliaria”, en *RCDI*, n^o 560, enero-febrero 1984, pág. 61, al reseñar que un examen de la realidad actual puede facilitar el montaje de instrumentos técnicos para desarrollar «no solamente la relación jurídica de dominio sino, muy fundamentalmente, el cumplimiento de las finalidades a que hoy día está avocada la vieja institución de la propiedad privada sobre bienes inmuebles».

regulación expresa pero cuyas ventajas se hacen acreedoras de un futuro reconocimiento normativo.

Igualmente, esta tesis participa de la opinión de FIGUEIRAS DACAL⁹³⁴ en su defensa de la disociación jurídica del dominio, quien con toda claridad afirma que «ante la realidad evidente de las sociedades que avanzan y que se ven acuciadas de modo creciente a la busca de soluciones modernas, más adecuadas que las tradicionales, a las nuevas necesidades que surgen constantemente —algunas ineludibles e inaplazables, como la de los aparcamientos subterráneos—, la ausencia de una normativa concreta no debe, ni puede, paralizar el progreso».

Ahora bien, la interpretación sociológica no puede configurarse como un cajón de sastre, no puede distorsionar conceptos y mucho menos forzar la interpretación de las normas hasta alcanzar el resultado pretendido. Existen límites que la propia jurisprudencia del TS se ha encargado de forjar, haciendo una llamada de atención sobre la prudencia con la que hay que acudir a este criterio. En este sentido, la sentencia del Alto Tribunal de 7 de enero de 1991⁹³⁵, avala el recurso a la interpretación sociológica pero fija esos límites que han de respetarse. Así, en su Fundamento Jurídico Segundo reconoce que:

no puede, pues, pretenderse lo que el legislador no quiso, aunque se alegue el art. 3.º 1 del C. Civil (cosa que debió hacerse en otro motivo, para cumplir el mandato del art. 1707 de la LEC.), porque, como tiene advertido este Tribunal, los factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la Ley y sí sólo para suavizarla, debiendo ser aplicados con mucho tino y prudencia, para no dar trascendencia a estados o tendencias no fijados —SS. de 28 de febrero de 1989 (RJ 1989\1410) y 8 de marzo de 1982 (RJ 1982\1290) —.

II.2. El carácter tridimensional del derecho de propiedad

⁹³⁴ FIGUEIRAS DACAL, Manuel: ob. cit., pág. 1241.

⁹³⁵ RJ 1991, 108.

La continua evolución de la sociedad y de la mecánica contractual es una realidad a la que el Derecho no puede dar la espalda. La tradicional concepción del derecho de propiedad ha evolucionado, mitigándose progresivamente su carácter absoluto como se aprecia con el reconocimiento de la función social de la misma. A su vez, las modernas construcciones así como determinadas transacciones sobre las mismas, se efectúan en función del espacio volumétrico existente por encima y por debajo de la rasante, con las limitaciones prefijadas por el planeamiento y la legislación urbanística.

Asimismo, resulta de interés dejar patente la diferencia entre «finca material» y «finca registral». La primera se corresponde con una porción de superficie o espacio delimitado que conforma una unidad en el tráfico jurídico, pudiendo su propietario actuar sobre la misma libremente aunque sin ir nunca sobre su propia realidad física ni contra la naturaleza de las cosas. Por el contrario, la «finca registral» es un concepto meramente formal, configurada por el hecho de constar una cosa o derecho de naturaleza inmueble como objeto de un folio registral⁹³⁶. Huelga decir que, en la práctica, existen numerosos supuestos en los que ambos conceptos de finca coinciden en una sola así como también, a la inversa, existen otros casos en los que una sola finca material engloba varias fincas registrales⁹³⁷.

⁹³⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., págs. 241 y 242, recuerda que el CC no define el concepto de finca, remitiéndolo al lenguaje usual. La distinción técnica entre «finca» e «inmueble» está en que los inmuebles pueden serlo por naturaleza, por incorporación, por la destinación y por analogía mientras que la finca se reserva conceptualmente para los inmuebles por naturaleza con sus incorporaciones o partes integrantes pero excluyéndose sus pertenencias. La legislación del suelo hace su aportación desde la perspectiva jurídica que le corresponde en el art. 26.1 del RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: *Constituye: a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral; b) Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente*. Como refiere SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: “La inscripción separada del suelo y del subsuelo y la nueva regulación de la Ley 8/2007, de suelo estatal, y su Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-Ley 2/2008: Comentarios a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el artículo 17 de las citadas Leyes”, en *RCDI*, n° 709, septiembre-octubre 2008, pág. 2229, surge de esta forma el concepto de «unidades de suelo» como espacios susceptibles de albergar una parcela urbanística sobre la que se materializará la ordenación establecida por el planeamiento urbanístico, ya sea lucrativa, dotacional, pública o privada. LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: “Segregación de volúmenes subterráneos”, en *RCDI*, n° 701, mayo-junio 2007, pág. 1401, remarca el hecho de que la finca, como principio esencial del sistema registral, se erige como «unidad de cuenta», debiendo constar cada una de ellas en folio separado en el cual se ha de contener una finca en exclusiva.

⁹³⁷ Véase GARCÍA GARCÍA, José Manuel: “La finca como base del sistema inmobiliario”, en *RCDI*, n° 625, noviembre-diciembre, 1994, págs. 2437 y ss. Como apuntan ALLI ARANGUREN, Juan Cruz y Juan Cruz ALLI TURRILLAS: *Estudio sistemático del Texto Refundido de la Ley del Suelo*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 444, los conceptos de finca son distintos en las legislaciones urbanísticas, hipotecaria y catastral, buscándose en la actual normativa una mayor identificación con la definición catastral. Recientemente ha sido publicada la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la LH aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por RDL 1/2004, de 5 de marzo, mediante la cual se intentará favorecer la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, con objeto de favorecer la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias y evitando, según su propia Exposición de Motivos: «supuestos litigiosos y los costes, tanto económicos directos de todo contencioso, como los indirectos, derivados de las situaciones de pendencia, dotando al mercado inmobiliario de mayor transparencia». En este sentido, una de los mayores avances es la incorporación al folio registral de la

Junto a lo anterior es importante reseñar que el sistema registral español se corresponde con el modelo denominado de «folio real» en contraposición al modelo de «folio personal». Positivamente aparece recogido en el art. 13 LH⁹³⁸ y consiste en abrir un folio independiente para cada una de las fincas que acceden al Registro de la Propiedad en el que a partir de ese momento va a constar toda la vida jurídica de la misma, recogándose quiénes son sus propietarios y los titulares de derechos reales limitados.

El derecho de propiedad ha evolucionado al compás impuesto por la legislación urbanística, normativa que, además, se ha visto ante la tesitura de adaptar a la misma las nuevas situaciones inmobiliarias surgidas de la práctica cotidiana y que se revelan cada más complejas. Como afirma CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA⁹³⁹, las facultades inherentes al derecho de propiedad (goce, disposición y vindicación) se han desnaturalizado por la función social que de la misma.

En palabras de GARCÍA CANTERO⁹⁴⁰, «la noción misma de bien inmueble aparece hoy sujeta a revisión». Por ende, la definición de finca se ha ido moldeando y adecuando a estas realidades tomándose en consideración la perspectiva tridimensional y diferenciándose un régimen jurídico distinto para el suelo, vuelo y subsuelo⁹⁴¹.

representación gráfica catastral. La entrada en vigor de la misma, con respecto a las modificaciones en la LH será el día 1 de noviembre de 2015, a excepción de la nueva redacción conferida al art. 206 LH, las modificaciones en la RDL 1/2004, de 5 de marzo y del apartado 2 de la Disposición Derogatoria Única, que entraron en vigor el día 26 de junio de 2015. Como corolario a este extremo señalar que CHICO Y ORTIZ, José M^o: “Tres momentos...”, ob. cit., pág. 102, había anticipado bastantes años antes la necesidad de coordinar estas dos instituciones, proponiendo la utilización por el Registro de la Propiedad de los «magníficos planos» con los que cuenta el Catastro, reproducibles informáticamente, señalando la ubicación «clara y contundente» de las fincas urbanas. Para profundizar en la reforma de la Ley 13/2015 véase: LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: “La declaración de obra nueva tras la Ley 13/2015”, en *RCDI*, n^o 751, septiembre-octubre 2015, págs. 3029 y ss.

⁹³⁸ El art. 13 LH dice así: *Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan.*

Las servidumbres reales podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo.

⁹³⁹ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M^o: “Protección inmobiliaria y Comunidad Europea”, en *RCDI*, n^o 621, marzo-abril 1994, pág. 430, afirmando que «el concepto mismo de «propiedad urbana», en principio, lo otorga el planeamiento urbanístico del territorio, que señala la forma de uso y destino de la superficie acotada». También CABELLO MARTÍNEZ, Gabriel: “La potestad de planeamiento: la concreción del derecho de propiedad urbana por los municipios”, en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n^o 22, año 2010-2, págs. 79 y ss.

⁹⁴⁰ GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Notas sobre la individualización de inmuebles”, en *ADC*, 1965, fascículo IV, pág. 860.

⁹⁴¹ En este sentido Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: *Fundamentos...III*, ob. cit., pág. 383; LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: “Segregación...”, ob. cit., pág. 1398; RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^o Goñi: “El subsuelo como finca registral independiente”, en *RCDI*, n^o 702, julio-agosto 2007, págs. 1829 y 1830, sobre la posibilidad de escindir o dividir verticalmente las

Estas mismas aseveraciones pueden observarse en SORIA MARTÍNEZ⁹⁴², puntualizando que la extensión vertical del dominio ha sido objeto de una evolución histórica manifestada en un primer momento por la aplicación de las leyes de minas, de aguas o de navegación aérea y, posteriormente, por la desmaterialización y la delimitación de la propiedad urbana resultante de la legislación urbanística. Asimismo, el indicado autor, expone que las nuevas técnicas constructivas unidas a la proliferación de infraestructuras y superestructuras urbanas han propiciado el desarrollo de la denominada «propiedad por planos o superposición de propiedades, sean estas públicas en parte o solamente privadas».

También SOTO BISQUERT⁹⁴³ afirma que el espacio aéreo puede considerarse «cosa» y convertirse en objeto de dominio al poder ser individualizado intelectualmente.

Positivamente, el art. 26.1.a) RDL 7/2005, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana dispone que una finca está constituida por: *La unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.*

Las ideas hasta ahora expuestas ya fueron tratadas décadas atrás por SAVATIER⁹⁴⁴ quien invocó la aparición de un «Derecho espacial»⁹⁴⁵ que habría de servir

facultades dominicales y “GUIMERÁ PERAZA, Marcos: “El derecho de subsuelo (Aguas subterráneas)”, en *ADC*, 1961, fascículo I, pág. 131. Por su parte, ALONSO PÉREZ, M^a Teresa: *La construcción en finca ajena...*, ob. cit., págs. 43 y 44, resalta que es obvio que el vuelo y el subsuelo tienen entidad física, son volúmenes susceptibles de ser aprovechados económicamente, pasando el solar a ser una mera delimitación de la titularidad a lo largo y a lo ancho. En contra, ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: “El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 130/2006 (BIB 2006\680), págs. 315 y ss.

⁹⁴² SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: “La inscripción separada...”, ob. cit., pág. 2227.

⁹⁴³ SOTO BISQUERT, Antonio: ob. cit., pág. 932.

⁹⁴⁴ SAVATIER, René: “La propiedad del espacio”, en *RDU*, nº 1, 1967, págs. 17 a 19, quien de manera muy gráfica describe su teoría sobre el «Derecho espacial» y su traslación a los edificios de las ciudades manifestando: «¡He aquí dónde se instalarán los ciudadanos, que habrán de usar, más y más, los ascensores!». MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: “El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana”, en *RCDI*, nº 672, julio-agosto 2002, págs. 1433 y 1444, añade como precursor a Nicola Coviello, autor italiano que llevó a cabo tareas de profesor y de publicista en la

de ayuda a los urbanistas a la hora de diseñar y concebir las ciudades. Es en el espacio donde se erigen las urbes y es ese volumen el que utilizarán en sus proyectos los arquitectos. Convencionalmente⁹⁴⁶, —aduce—, el Derecho representa las superficies inmobiliarias en planos, como se comprueba en la práctica habitual de las empresas promotoras-constructoras al mostrar los planos de los edificios a los futuros compradores. Las propias escrituras públicas de compraventa que otorgan los notarios utilizan un método arcaico, basado en la situación de un apartamento concreto en el espacio por las referencias a sus linderos en lugar de representarlo como una parcela encuadrada en un plano. La misma crítica del apuntado jurista recae sobre la publicidad que se desprende del Registro de la Propiedad concebido exclusivamente sobre las parcelas en dimensión bidimensional⁹⁴⁷, con independencia de la división del espacio en altura por encima de las fincas.

Sentado lo anterior, SAVATIER⁹⁴⁸ entronca su concepción con la realidad imperante de los planes urbanísticos. De hecho, muestra que el propietario de un terreno es consciente de que el planeamiento, de modo ocasional y gratuitamente, puede atribuir a su propiedad un valor de monopolio siendo la propia Administración Pública la que le concede la facultad de aprovechar la tercera dimensión. No en vano, los arquitectos en sus proyectos utilizan el vuelo y el subsuelo e incluso, el Derecho Administrativo ha tenido que acudir a desarrollar leyes que delimiten y acoten el derecho de propiedad espacial en sentido vertical, tanto por encima, como por debajo de su superficie. Se refiere en este caso el apuntado tratadista a las leyes de navegación aérea y leyes de minas, además de las servidumbres que han de concederse para el traslado de agua, electricidad o gas a través de los respectivos predios.

segunda mitad del siglo XIX e inicios del XX, según se lo consignado en su obra *Della superficie*. No obstante, en Derecho español, puede observarse la preocupación por esta materia desde los inicios del siglo XX como atestigua el trabajo de GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: “Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical”, en *RCDI*, nº 1, enero 1925, pág. 11, sosteniendo que la finca hipotecaria aparece en los sistemas modernos como una superficie o un espacio de dos dimensiones, determinado matemática ó reglamentariamente, reflejando los planos las secciones horizontales, cuestionándose bajo esta premisa cómo se extiende el dominio sobre el vuelo y subsuelo.

⁹⁴⁵ FIGUEIRAS DACAL, Manuel: ob. cit., págs. 1267 a 1277, también habla de «propiedad espacial y volumétrica» o «propiedad volumétrica en el espacio», admitiendo la propiedad dividida por planos y separada por capas o volúmenes.

⁹⁴⁶ GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Notas sobre la individualización...”, ob. cit., pág. 864, alude igualmente a que es obra del hombre la conformación de las fincas urbanas.

⁹⁴⁷ MARTÍN BLANCO, José: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, 2ª edición, Montecorvo, Madrid, 1968, pág. 46, sostiene que junto a la idea de superficie, la legislación urbanística maneja también como idea fundamental el «volumen», siendo la evolución de dicho concepto un factor muy importante a tener en cuenta en relación a los inmuebles urbanos.

⁹⁴⁸ SAVATIER, René: ob. cit., págs. 21 a 24.

En conclusión, SAVATIER⁹⁴⁹ reclama que el Derecho desarrolle técnicas jurídicas abstractas para facilitar los cambios que reclama el desarrollo del mundo inmobiliario. Frente a la superada representación superficial de la propiedad se impone un derecho de propiedad como espacio inseparable de la técnica de los volúmenes y de la geometría tridimensional como resulta de la vida en comunidad. Para ello propone que la venta de los inmuebles sobre plano se efectúe de forma diferente ya que nada impide que una venta de cosa futura asegure «de golpe, un bien existente y perpetuo que será, verdaderamente, el objeto principal, el espacio que circundarán las partes comunes del inmueble, espacio de antemano determinado sobre planos verticales y horizontales». Según su criterio, la urbanización se reparte en «metros cúbicos de espacio», los cuales, una vez repartidos, deberán tratarse como cuerpos ciertos, aplicándoseles el efecto traslativo del contrato.

Prácticamente coetáneo a SAVATIER, en España puede observarse la posición adoptada por MARTÍN BLANCO⁹⁵⁰ quien tras dotar al volumen espacial de una importancia singular en el tráfico de bienes inmuebles, se cuestiona incluso si el volumen edificable que contempla la LS —en relación a la del año 1956—, es susceptible de apropiación e incluso cabe transmitirse con independencia del suelo. La concepción efectuada por el citado jurista es que el volumen es una entidad real, susceptible de delimitación y aprehensión. Según su criterio, la corporalidad del volumen no ofrece duda alguna en relación con el espacio. Es la fórmula legal de delimitar el espacio o la capacidad constructiva disponible por el particular y con el correspondiente apoyo legal podría tratarse al espacio como «una especie susceptible de ser apropiada y vendida por cubos», estando individualizado sobre una figura geométrica establecida partiendo del suelo.

Asimismo, es de singular importancia la postura sostenida por TORRES LANA⁹⁵¹, quien modula la teoría de SAVATIER al comprobar que su consideración del espacio como cuerpo cierto supone una fuerte colisión con la dogmática jurídica aunque

⁹⁴⁹ SAVATIER, René: ob. cit., págs. 28, 31 y 32.

⁹⁵⁰ MARTÍN BLANCO, José: ob. cit., págs. 49 y 52 a 55.

⁹⁵¹ TORRES LANA, José Ángel: *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Eunsa, Navarra, 1975, págs. 61 a 64.

reconoce abiertamente el acierto de dotar de importancia a la tercera dimensión toda vez que, en efecto, el mundo, la realidad física, tiene tres dimensiones.

Ahora bien, TORRES LANA⁹⁵² incide en el hecho de que el propietario de un terreno ostenta la facultad de actuar sobre el volumen del mismo, subordinado a las directrices que establece la normativa administrativa. Insiste el autor en que dada la inmaterialidad del volumen sólo puede adquirir realidad al ponerlo en contacto con el concepto de edificabilidad, extremo para el que no es preciso que la edificación haya sido concluida, ni siquiera comenzada: «La complejidad de la técnica arquitectónica exige, desde tiempo ha, la existencia de un proyecto técnico, previo a cualquier tipo de actuación constructiva o simplemente preparatoria». Por consiguiente, —argumenta—, el proyecto sirve para transformar el concepto de volumen a la noción jurídica de edificio futuro. A su vez, el edificio futuro o por construir implica la configuración perfecta del volumen edificable, tanto espacialmente, como sobre la superficie de la parcela «definiendo de un modo exacto *cómo* a va a ser, qué forma adoptará, el volumen ocupado por el edificio».

Para TORRES LANA⁹⁵³, el volumen como objeto material se halla en su afección al edificio. El volumen puede ser ocupado o «llenado» por los edificios. Así, volumen y edificio son dos conceptos estrechamente ligados entre sí: el primero es una «anticipación» del espacio que ocupará el edificio y el edificio constituye el «fin lógico» del volumen edificable. Así las cosas, será el planeamiento, al efectuar una distribución lógica y coherente de los bloques de edificios dentro de un polígono o zona el que determine la localización del volumen sobre el terreno y sobre el espacio.

MEZQUITA DEL CACHO⁹⁵⁴ alude a la denominada «propiedad cúbica» o «cubismo inmobiliario» como un objetivo trazado por un sector de la doctrina civilista «para que a ciertos derechos subjetivos se les reconozca, a diferencia de los clasificados como

⁹⁵² TORRES LANA, José Ángel: *La configuración jurídica...*, ob. cit., págs. 194 y 195.

⁹⁵³ TORRES LANA, José Ángel: “Las características del volumen de edificabilidad”, en *ADC*, 1974, fascículo IV, págs. 900 a 902.

⁹⁵⁴ MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: ob. cit., pág. 1433 y 1434.

derechos personales o de crédito u obligación, la calidad de reales y publicables, para su oponibilidad a terceros; y a dicho efecto, liberar a su referente objetivo: el predio o finca, de su limitada concepción planimétrica y bidimensional, para hacer posible su fraccionabilidad volumétrica en sentido vertical, positivo o negativo (vuelo y subsuelo), a efectos de negocios y relaciones jurídicas, con independencia de los que se entablen sobre el plano facial del suelo».

Recuérdese lo dicho en el capítulo anterior por VÁZQUEZ BOTE⁹⁵⁵ al hablar de la prehorizontalidad y de la corriente que defiende la construcción comenzada a la que se refiere el art. 8.4 LH «en sentido técnico». Además, este jurista se postula a favor de que un edificio proyectado, como polígono de aire, pueda ser objeto de un derecho real. De hecho, el edificio proyectado —sostiene— no es el que ha sido pensado por el arquitecto que lo diseña pues nunca sería cosa como tal, por la propia carga subjetiva de que lo ha teñido; es imprescindible que la cosa sea plástica, una realidad del mundo exterior. Por ende, más que de un objeto en formación, se estaría ante un objeto que se modifica en parte al sustituirse algunos materiales por otros.

La representación virtual del espacio en tres dimensiones para VÁZQUEZ BOTE⁹⁵⁶ es obra de la convención humana⁹⁵⁷ pero, sin embargo, es indiscutible su valoración en términos económicos y su posibilidad de apropiación de conformidad con la propia conciencia social. Para el citado jurista el cubo de aire, ya sea un polígono de forma regular o irregular, expresa el vuelo o la columna de aire que se extiende sobre la superficie del suelo, el cual puede quedar perfectamente determinado como cosa y ser objeto de derechos. En definitiva, la idea de dominio para este tratadista reclama que el objeto quede delimitado en sus tres dimensiones.

⁹⁵⁵ VÁZQUEZ-BOTE, Eduardo: ob. cit., págs. 256 y ss.

⁹⁵⁶ VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: ob. cit., págs. 257 a 260.

⁹⁵⁷ La autonomía de la voluntad como acto de individualización de las fincas urbanas ya había sido puesta de relieve por GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Notas sobre la individualización...”, ob. cit., págs. 864, 865 y 867, quien defiende que la conformación de las fincas urbanas es obra del hombre, apareciendo como preponderante el concepto de volumen, aunque en todo momento es consciente de que el carácter voluntario del acto individualizador ha de conciliarse con las limitaciones que contiene la legislación urbanística.

La nitidez del pensamiento mantenido por VÁZQUEZ BOTE⁹⁵⁸ se completa en lo relativo a su consideración de la inexistencia de distinción entre horizontalidad y prehorizontalidad sin necesidad de que el edificio se haya concluido materialmente. Entiende este autor que si la individualización de los departamentos es lo que da sentido a la propiedad horizontal ésta puede instrumentalizarse sin la plasticidad del edificio «por medio del plano con el mismo rigor que el edificio terminado. ¿A qué exigir esa presencia del edificio terminado?». Argumenta que si el objeto de la propiedad se expresa en algo más que en departamentos (suelo, subsuelo y vuelo) y existe todo excepto la delimitación física de éste, requerida exclusivamente para fijar el régimen jurídico de los elementos comunes y privativos, se trata de un régimen perfectamente determinable mediante plano.

Las concepciones de los autores citados anteriormente son recogidas por ZURILLA CARIÑANA⁹⁵⁹, cuyo criterio fue puesto de manifiesto en la presente investigación al tratar el concepto de construcción comenzada en sentido técnico. A juicio de esta autora, puede constatarse otra solución para suplir la falta del elemento real sin necesidad de acudir a conceptos extraños para el Derecho privado tales como «cubos de aire» o «propiedad del espacio». Estima esta jurista que la inexistencia de objetos reales no impide su tráfico como objetos de derechos reales, «en la medida en que la inscripción registral puede sustituir normalmente las funciones de la posesión-tradición. Lo único que no se podrá en estos supuestos será vivir en los pisos, pero, una vez inscritos, los compradores podrán enajenarlos o hipotecarlos como objetos de tráfico jurídico actual».

La doctrina científica elogia en este aspecto la RDGRN de 5 de abril de 2002⁹⁶⁰ por ser pionera en la inscripción de una unidad subterránea constituida por un volumen

⁹⁵⁸ VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: ob. cit., págs. 263.

⁹⁵⁹ ZURILLA CARIÑANA, M^a Ángeles: ob. cit., págs. 24 a 27. Relacionado con las reflexiones de la antedicha autora, VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: ob. cit., pág. 219, significaba que «quien compra paga por nada a la espera de que el objeto comprado sea una realidad palpable», por lo que estimaba imperativo hallar soluciones al problema de garantizar esta forma de adquisición tan extendida en el tráfico inmobiliario. Véase también MATHEU DELGADO, José Arturo: *Derechos de vuelo...*, ob. cit., pág. 287.

⁹⁶⁰ RJ 2002, 8121. SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: “La inscripción separada...”, ob. cit., págs. 2227 y 2228, se hace eco de la importancia de la citada RDGRN refiriendo que fue la que fijó con claridad la doctrina en virtud de la cual se admitió la inscripción separada incluso de una finca de dominio público y otra patrimonial como parte del vuelo, suelo o subsuelo de la misma proyección superficial. También LUQUE JIMÉNEZ, M^a Carmen: “Configuración registral...”, ob. cit., págs. 699 a 710 y CORVO LÓPEZ, Felisa M^a: *El derecho de sobreedificación...*, ob. cit. págs. 313 y ss. Por su parte, MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: ob. cit., pág. 1433 y ss., ensalza el hecho de que la jurisprudencia civil y la doctrina de la DGRN, a pesar del silencio del legislador, amplíen el ámbito

edificable bajo suelo público, previa desafectación como bien demanial de la referida unidad, configurándola como demanial. En este concreto supuesto de hecho, el Centro Directivo se ampara para admitir el acceso tabular en la constitución de un complejo inmobiliario, quedando como elemento común los forjados del aparcamiento subterráneo. Dada la nuclear importancia de esta RDGRN es obligado efectuar una revisión más pausada de la misma.

En cuanto a los hechos que dan lugar a la antedicha Resolución cabe señalar que el Pleno del Ayuntamiento de Oviedo acordó la desafectación de una superficie de 7.774 m² del subsuelo del denominado Parque de Invierno de dicha ciudad situado bajo una zona de equipamiento. En la superficie desafectada el Consistorio pretendía construir un aparcamiento de dos plantas, con un espacio de 48.198,80 m³. De esta forma, el subsuelo quedaría incluido en el Inventario Municipal de Bienes como finca independiente y como bien patrimonial, totalmente diferenciado de la finca superior que le sirve de soporte —el citado Parque de Invierno— que seguiría siendo de dominio público.

No obstante, una vez presentada en el Registro de la Propiedad de Oviedo la certificación del acuerdo municipal, la inscripción fue denegada con carácter insubsanable debido a la imposibilidad de inscripción de la desafectación por el obstáculo que surge del Registro de no recaer sobre una finca registral sino sobre un volumen que, al estar absolutamente diferenciado de la finca superior y desconectado de la superficie terrestre, no puede constituirse como finca independiente para ser objeto susceptible de dominio.

de la concepción cúbica en el aprovechamiento de los bienes inmuebles «poniendo diques al mar del dogmatismo y ganando terreno al mismo para sembrar imaginativamente nuevas posibilidades potenciadoras de la utilidad social de dichos bienes, proporcionando al contorno de las instituciones jurídicas una flexibilidad inspirada en planteamientos teleológicos del Derecho y en una jurisprudencia de intereses». Por el contrario, LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: “Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 219, julio 2005, pág. 25 y ss., se muestra crítico con la Resolución antedicha, considerando que vulnera el principio de especialidad, pues a su juicio, no queda claro si existe una comunidad inmobiliaria en sentido propio sobre la base del elemento perecedero que constituyen los cimientos, y en su caso, qué ocurrirá cuando este elemento desaparezca, o si existe independencia entre ambas propiedades, con regulación estatutaria de los conflictos de vecindad que puedan surgir. Por ende, —asevera— el principio de especialidad y la necesidad de evitar conflictos difícilmente resolubles aconseja definir «exhaustivamente» el nuevo objeto. Con todo, el apuntado tratadista, a los fines que interesan al presente trabajo, viene a concluir que la delimitación espacial habría de efectuarse señalando los «linderos verticales», superiores o inferiores, estableciendo los gastos comunes a modo de medianería horizontal. De esta forma, una vez lograda la consideración del subsuelo separado como objeto de dominio, nada impide que su titular enajene una parte física del mismo o constituya sobre él derechos reales limitados.

Ante esta circunstancia, el Ayuntamiento de Oviedo procedió a presentar al Registro unos estatutos del complejo inmobiliario Parque de Invierno, integrado por la zona de equipamiento del Palacio de los Niños, ubicado en el referido Parque de Invierno y el aparcamiento subterráneo de dos plantas situado bajo su superficie, previamente desafectado como finca patrimonial. Sin embargo, de nuevo fue denegada la inscripción con el calificativo de insubsanable, amparándose el Registrador en los siguientes motivos:

1º) La imposibilidad de inscripción de un complejo inmobiliario en virtud del art. 24.2.b) LPH porque este precepto se aplica exclusivamente a complejos inmobiliarios privados y no como sucede en este supuesto en el que una de las fincas resultantes después de la desafectación es de dominio y uso público.

2º) Aunque se atendiera a la analogía o a la autonomía de la voluntad de las partes para entender que existe un complejo inmobiliario, no puede predicarse que exista en este supuesto debido a que no hay una pluralidad de fincas materiales, edificaciones o parcelas ni un verdadero punto de conexión entre las fincas y sus titulares, constituidos por elementos comunes *propter rem*. De hecho, conforme al art. 4 de los Estatutos sólo es elemento común los forjados del aparcamiento y no existen obligaciones comunes ya que todas las obligaciones sobre los elementos y servicios comunes recaen sobre el aparcamiento.

3º) Aun en el hipotético caso de considerar que existe un complejo inmobiliario, propiedad horizontal u otra figura análoga, cualquiera de estas figuras están integradas por fincas en las que no acontece una disociación total entre el suelo y el vuelo o el subsuelo, ya sean parcelas o edificios, porque en éstos el suelo es el elemento común por naturaleza que pertenece en proindiviso a los propietarios, de conformidad con el art. 396 CC. La pretensión del Consistorio de constituir al aparcamiento subterráneo como finca independiente disociada del suelo de la finca registral, contraviene los arts. 350 y 353 y ss. CC como normas imperativas del derecho de propiedad.

4º) Finalmente, si llegara a inscribirse el complejo inmobiliario, se estarían estableciendo unas relaciones de comunidad entre el dominio público y el dominio privado.

El Ayuntamiento interpone el correspondiente recurso gubernativo en defensa de la posibilidad de inscripción de una unidad subterránea conformada por volumen edificable bajo suelo de carácter público como finca independiente, incidiendo en la necesaria acomodación del Derecho a la realidad social mediante la invocación del art. 3.1 CC.

La DGRN resuelve estimando el recurso gubernativo y revocando la nota de calificación con fundamento en los argumentos siguientes:

1º) El viejo aforismo romano *usque ad sidera usque ad inferos* carece de virtualidad actual para interpretar los preceptos del CC relativos a la propiedad sino que dicho aforismo cede ante el superior principio de la función social de la propiedad.

2º) La normativa urbanística permite un uso diverso para el subsuelo distinto al del suelo, bajo las premisas indispensables de que no se contravenga el planeamiento y se cuente con la preceptiva licencia urbanística.

3º) Un determinado volumen edificable del subsuelo puede ser objeto autónomo de relaciones jurídicas, sin que exista edificación alguna a la cual esté inescindiblemente unido. Por ende, se permite abrir folio autónomo a una unidad subterránea sin que esto implique una absoluta desconexión con la finca de procedencia. Ahora bien, sí deben quedar perfectamente reguladas las relaciones derivadas de la coexistencia entre un suelo y vuelo público, con un volumen edificable en el subsuelo de carácter patrimonial, lo que en este caso se lleva a cabo a través de la constitución de un complejo inmobiliario.

4º) La LPH tiene como ámbito propio y natural elementos susceptibles de aprovechamiento privativo, además de que su regulación atiende a los complejos inmobiliarios privados. No obstante, no existe ningún precepto que excluya su aplicación, siquiera por vía analógica, a los supuestos en los que alguno de sus elementos privativos esté sometido a un régimen demanial público.

5º) El sistema de *numerus apertus* en la configuración de derechos reales que existe en el ordenamiento jurídico español debe servir para reconocer a los particulares la posibilidad de elegir el instrumento jurídico que mejor se adecue a sus intereses ya que, frente a las múltiples situaciones fácticas posibles, no pueden imponerse soluciones jurídicas específicas. Por consiguiente, no se resiente en absoluto la estructura del sistema registral por admitir la extensión de soluciones normativas propias de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios no estrictamente privados. En este sentido, aunque no exista pluralidad de fincas materiales o físicas, en cuanto suelo y subsuelo forman parte de la misma finca física, sí existe pluralidad de fincas inmateriales o registrales, desde el momento en que se abre folio registral independiente propio al subsuelo patrimonial. El punto de conexión entre fincas y titulares sí que se aprecia y precisamente su regulación es lo que determina el otorgamiento del complejo inmobiliario, siendo el propio Registrador en su nota de calificación el que reconoce que los forjados del aparcamiento son elemento común.

6º) Por último, yendo más allá, el Centro Directivo admite que, aunque no existieran elementos comunes, la regulación de los complejos inmobiliarios contenida en la LPH puede aplicarse cuando los titulares de elementos independientes participen, con carácter inherente a este derecho, en una comunidad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios. Por ende, basta la existencia de servicios generales, como se desprende de los Estatutos del complejo inmobiliario cuya inscripción se postula.

Con posterioridad a la Resolución comentada la DGRN ha mantenido esta doctrina en posteriores ocasiones.

En primer lugar, la RDGRN de 24 de febrero de 2007⁹⁶¹, a través de la cual se resuelve el recurso gubernativo formulado por el notario de Pamplona, D. Francisco Javier Oñate Cuadros, frente a la negativa de la registradora de la propiedad nº 4 de San Sebastián, a practicar una segregación y cesión gratuita. A través de los citados negocios jurídicos se pretendía inscribir separadamente el suelo y el subsuelo de un terreno, quedando el primero bajo titularidad pública y el segundo de titularidad patrimonial privada, todo ello sin previa constitución de un régimen de propiedad horizontal, ni reserva de un derecho de subedificación, ni tan siquiera un acto de modificación hipotecaria que justificase la creación de diversas fincas registrales donde antes había una sola.

Al igual que en la RDGRN de 5 de abril de 2002, el Centro Directivo concluyó que el ordenamiento jurídico patrio no antepone obstáculo alguno a la configuración de un régimen distinto al suelo —abarcando, lógicamente, el suelo y el subsuelo—. De hecho, el sistema positivo español admite configurar fincas además de en su concepto clásico de fincas perimetrales terrestres como volúmenes edificables y subedificables, siempre y cuando estén perfectamente definidos en virtud de las reglas generales. Para ello, no es imperioso acudir a una segregación de los terrenos «sino que puede bastar una mera delimitación del distinto régimen jurídico aplicable a cada volumen».

Así, se reconoce como excepción al principio de accesión, «la delimitación del suelo y el suelo como objetos diversos en el tráfico jurídico, posibilidad ésta amparada en el principio general de libertad de creación de derechos reales —siempre que se respeten las exigencias esenciales o estructurales de nuestro sistema registral— existente en nuestro Derecho».

Muy próxima a la anterior aparecen las RRDGRN de 26 y 27 de febrero de 2007⁹⁶², en las que el notario autorizante de las escrituras y la Registradora de la

⁹⁶¹ RJ 2007, 6137. LUQUE JIMÉNEZ, M^a Carmen: “Configuración registral...”, ob. cit., págs. 710 a 716, comenta las RRDGRN de 24, 26 y 27 de febrero de 2007, concluyendo que, con independencia de que se considere o no como finca desde el punto de vista material, el subsuelo puede constituir finca en sentido registral y abrir folio independiente a una unidad subterránea siempre y cuando se respete el principio de especialidad.

⁹⁶² RJ 2007, 6138 y RJ 2007, 6139.

Propiedad son los mismos que en la de 24 de febrero del mismo año. En ambos casos se pretende inscribir de forma separada el suelo y el subsuelo de un terreno con idénticas premisas que en los supuestos anteriores. A su vez, en ambos casos los cuatro Fundamentos de Derecho de las dos Resoluciones son idénticos a los de la RDGRN de 24 de febrero de 2007 por lo que se dan por reproducidos.

No obstante, un sector doctrinal ha vertido críticas frente al criterio adoptado por la DGRN. Así, aunque centrado en la RDGRN de 26 de febrero de 2007, las críticas que vierte LANZAS MARTÍN⁹⁶³ pueden extrapolarse perfectamente a la de 27 de febrero del mismo año. Para este autor, «un volumen subterráneo es un concepto abstracto que no constituye por sí una cosa material susceptible de apropiación». Asevera que el principio de especialidad requiere una perfecta determinación de la finca material para un correcto funcionamiento del Registro de la Propiedad, considerando que la única forma de hacer la determinación antedicha en relación con un volumen espacial no construido, bajo el suelo o sobre él, sería la utilización de un sistema de coordenadas tridimensionales. Lo contrario significa dejar al arbitrio de los agentes del tráfico jurídico la creación de nuevas entidades hipotecarias o fincas registrales especiales la cual compete de manera exclusiva a la ley sin que sirva de justificación el sistema de *numerus apertus* de derechos reales.

Posteriormente, la RDGRN de 15 de febrero de 2012⁹⁶⁴ se pronuncia acerca de la suspensión del registrador de la inscripción de una escritura de constitución de un derecho de superficie sobre las cubiertas de unas naves industriales por no cumplirse con las exigencias del principio de especialidad. En este sentido, el registrador consideraba que al no constituirse el derecho de superficie sobre la totalidad de la finca era preceptivo individualizar con carácter previo la parte de la finca afectada por tal derecho mediante la correspondiente segregación, constitución del régimen de propiedad horizontal, constitución de complejo inmobiliario, división material, etc.

⁹⁶³ LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: “Segregación...”, ob. cit., págs. 1397, 1398, 1400, 1404 y 1405. A pesar de todo ello, sí deja claro el autor que la realidad va desbordando la concepción tradicional de la finca, como superficie de terreno, bajo y sobre la cual se extiende el dominio en sentido vertical. De hecho, las cada vez más complejas necesidades derivadas del desarrollo urbanístico y del tráfico jurídico económico, requieren nuevas soluciones desde el punto de vista jurídico para reconocer al suelo, vuelo y subsuelo regímenes jurídicos y titularidades distintas, cuando ello fuere preciso.

⁹⁶⁴ RJ 2012, 5948.

Sin embargo, para la DGRN el concepto moderno de finca incluye, además de la unidad de suelo, el de edificación. Bajo este parámetro, la edificación puede situarse sobre la rasante pero también en el vuelo o en el subsuelo, por lo que, en el caso concreto de inscripción del derecho de superficie es innecesaria la segregación e individualización requerida por el Registrador porque se cumplen perfectamente las exigencias del principio de especialidad al constar suficientemente definida la finca.

II.2.1. El proyecto arquitectónico

La evolución del sector de la construcción ha posibilitado que en la fase de mero proyecto pueda conocerse con toda certeza y sin ningún género de dudas no sólo el volumen exacto que ocupará espacialmente el edificio sino hasta el más mínimo detalle de su conformación interna y externa, escenario hoy en día jalonado por las propias normativas municipales para conseguir la preceptiva licencia de obras a cuya solicitud debe acompañarse lo que se conoce como «proyecto básico»⁹⁶⁵, documento que contiene las características generales de la futura edificación y sirve a la Administración para comprobar la adecuación del mismo a la normativa vigente.

El proyecto arquitectónico será la base documental esencial para establecer la mutación de una cosa inexistente en el tráfico jurídico a una cosa futura a los efectos establecidos en el art. 1271 CC. La realidad del fenómeno constructivo ha normalizado

⁹⁶⁵ La STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2100), en su Fundamento Jurídico Cuarto, describe con precisión las fases de trabajo de los arquitectos proyectistas de una edificación:

a) *Estudio previo. Constituye la fase preliminar en la que se expresan las ideas que desarrollan el encargado de modo elemental y esquemático, mediante croquis o dibujos, a escala o sin ella. Incluye la recogida y sistematización de la información precisa, el planteamiento del programa técnico de necesidades y una estimación orientativa de coste económico, que permitan al cliente adoptar una decisión inicial.*

b) *Anteproyecto. Es la fase del trabajo en la que se exponen los aspectos fundamentales de las características generales de la obra: funcionales, formales, constructivas y económicas, al objeto de proporcionar una primera imagen global de la misma y establecer un avance del presupuesto.*

c) *Proyecto básico. Es la fase del trabajo en la que se definen de modo preciso las características generales de la obra, mediante la adopción y justificación de resoluciones concretas. Su contenido es suficiente para solicitar, una vez obtenido el preceptivo visado colegial, la licencia municipal u otras autorizaciones administrativas, pero insuficiente para llevar a cabo la construcción.*

d) *Proyecto de ejecución. Es la fase del trabajo que desarrolla el proyecto básico, con la determinación completa de detalles, y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos, y puede llevarse a cabo, en su totalidad, antes del comienzo de la obra, o parcialmente, antes y durante la ejecución de la misma. Su contenido reglamentario es suficiente para obtener el visado colegial necesario para iniciar las obras.*

la adquisición de inmuebles mediante plano o, lo que es lo mismo, al amparo de un proyecto arquitectónico elaborado por el promotor inmobiliario. De ahí que, cuando en el concreto proyecto quedan determinados los futuros departamentos que compondrán el edificio, puede hablarse sin ambages, cuanto menos, de «objeto jurídico en formación», según los términos empleados en la RDGRN de 16 de mayo de 1996. Esta determinación del objeto contractual en el momento de celebración del contrato es puesta de manifiesto por JURISTO SÁNCHEZ⁹⁶⁶. A su juicio, no siendo el proyecto arquitectónico norma jurídica ni cláusula contractual debido a que está integrado por un conjunto de datos técnicos reflejados en planos, cálculos, etc., sirve para concretar el objeto contractual mediante la técnica *per relationem* —como la contenida en el art. 1448 CC—. No obstante, cuando el proyecto arquitectónico se anexiona al contrato y pasa a ser parte integrante del mismo, obliga al contratista de la obra de forma inmediata, debiendo ejecutar la obra conforme se dispone en el mismo.

El proyecto viene definido en el art. 4.1 LOE como *el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en el artículo 2. El proyecto habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable.*

Por su parte, el art. 4.2 LOE da buena cuenta del hecho indiscutible de que una obra de edificación es algo vivo, en constante evolución y cuya mínima variación debe quedar perfectamente documentada, manifestando al efecto que *cuando el proyecto se desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos sobre tecnologías específicas o instalaciones del edificio, se mantendrá entre ellos la necesaria coordinación sin que se produzca una duplicidad en la documentación ni en los honorarios a percibir por los autores de los distintos trabajos indicados.*

⁹⁶⁶ JURISTO SÁNCHEZ, Rafael: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, pág. 124.

A su vez, este precepto debe cohonestarse con el art. 7 LOE⁹⁶⁷ relativo a la *documentación de la obra ejecutada*, el cual relaciona todos los documentos que finalmente serán entregados al usuario final de la vivienda en lo que se denomina «Libro del Edificio».

La suscripción del contrato de aportación de solar por futura edificación cuando ya se ha elaborado el proyecto aporta al cedente la garantía de conocer, de forma anticipada y con carácter minucioso, las piezas de edificación que son objeto de la contraprestación a su favor⁹⁶⁸.

La normativa anteriormente citada fue complementada por el CTE, aprobado por el RD 314/2006, de 17 de marzo y cuyo art. 6 se dedica a las *condiciones del proyecto*. En concreto, cabe destacar el art. 6.1.1. cuyo tenor literal determina que: *el proyecto describirá el edificio y definirá las obras de ejecución del mismo con el detalle suficiente para que puedan valorarse e interpretarse inequívocamente durante su ejecución*. Al mismo tiempo hay que remitirse al art. 6.1.4., precepto que remite al Anejo I de la norma citada para comprobar el contenido del proyecto. Así, dentro de la minuciosa descripción que contiene el indicado Anejo respecto al proyecto arquitectónico, a los efectos de la presente investigación conviene destacar los siguientes apartados:

Plantas generales *.	Acotadas, con indicación de escala y de usos, reflejando los elementos fijos y los de
----------------------	---

⁹⁶⁷ Este art. posee el siguiente tenor literal: *Una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos.*

A dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación.

Toda la documentación a que hace referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio.

⁹⁶⁸ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 182, argumenta que la existencia de un proyecto firme supone mayores garantías de éxito de la construcción, asegurándose así una mayor seriedad de la empresa en su inicio.

	mobiliario cuando sea preciso para la comprobación de la funcionalidad de los espacios.
Planos de cubiertas *.	Pendientes, puntos de recogida de aguas, etc.
Alzados y secciones *.	Acotados, con indicación de escala y cota de altura de plantas, gruesos de forjado, alturas totales, para comprobar el cumplimiento de los requisitos urbanísticos y funcionales.
Planos de estructura.	Descripción gráfica y dimensional de todo el sistema estructural (cimentación, estructura portante y estructura horizontal). En los relativos a la cimentación se incluirá, además, su relación el entorno inmediato y el conjunto de la obra.

Tomando en consideración que la situación final del edificio una vez finalizada la construcción será la existencia de una propiedad horizontal, aun funcionando *de facto* como se verá posteriormente, es muy elocuente la aseveración de MEDINA DE LEMUS⁹⁶⁹ en el sentido de que la situación compleja de objetos físicos y derechos que recaen sobre ellos puede existir sólo «virtualmente» mediante su «ideación» en un simple proyecto plasmado documentalmente por el constructor o por el propietario único del edificio; por acuerdo de distribución y adjudicación de propiedades excluyentes y comunes entre los diferentes titulares; incluso funcionar de hecho sin ningún tipo de instrumentación.

⁹⁶⁹ MEDINA DE LEMUS, Manuel: “Retornos al título constitutivo de la propiedad horizontal”, en *RCDI*, nº 657, enero-febrero 2000, pág. 1124.

Como corolario, recuérdese que es frecuente observar en las oficinas de las empresas promotoras inmobiliarias maquetas tridimensionales de cómo será la futura edificación, cuya escala se basa en el proyecto arquitectónico. De hecho, con las propias secciones de cada tipología de piso o local de las referidas maquetas puede constatar la división departamental verificando el futuro adquirente dónde quedarán ubicados todos y cada uno de los elementos con que contará el inmueble una vez se le ponga en posesión del mismo.

II.2.2. El principio registral de especialidad

La existencia jurídica predicada por los autores que apoyan la teoría de los efectos jurídico-reales se basa en la determinación del inmueble a construir según los parámetros establecidos en la LH y en la LPH para que pueda inscribirse la división horizontal del edificio, cumpliéndose con ello las exigencias del principio registral de especialidad⁹⁷⁰. No obstante, a la vista de la importancia nuclear que atesora el proyecto arquitectónico según lo establecido en el anterior apartado, procede cuestionarse si se cumplen las exigencias del principio de especialidad con la descripción contenida en el referido proyecto aun antes del acceso tabular de la división horizontal del edificio.

De creación doctrinal y jurisprudencial, el principio de especialidad impone una delimitación precisa de los derechos que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad, tanto en sus elementos subjetivos y objetivos, como en cuanto a su alcance y contenido, requiriéndose, de una parte, la necesaria individualización de la finca y, de otra, la exacta delimitación de los derechos inscritos⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ ALTARRIBA SIVILLA, Carlos: “Los principios hipotecarios y la Propiedad Horizontal”, en *RCDI*, enero-febrero 1975, págs. 81 y 82, destaca el sistema dualista de inscripción que surge de la constitución de un edificio en propiedad horizontal. En este sentido, el referido jurista destaca que la inscripción separada de los pisos o locales no supone una segregación en sentido hipotecario sino el nacimiento de una finca independiente, pero no de manera absoluta, sino «independiente en régimen de propiedad horizontal», lo que quiere decir que no se rompe el «cordón umbilical» que le une a la inscripción de la finca matriz, que nunca se cancela. Así, el principio de especialidad se verifica al existir dos folios registrales pertenecientes a la misma finca, relacionados entre sí, y que los terceros tendrán que conocer para constatar la configuración, límites y cargas de las titularidades inscritas.

⁹⁷¹ GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: “El principio de especialidad registral”, en *RCDI*, nº 625, noviembre-diciembre 1994, pág. 2395 y CORVO LÓPEZ, Felisa M^ª: “Subedificación ante las exigencias del principio de especialidad”, en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Coordinadores: Francisco de Paula Blasco Gascó y otros, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 683 y ss.

En el ámbito de la transmisión de la propiedad de la obra futura se acude al principio de especialidad para justificar que la división horizontal del inmueble proyectado o en construcción es suficiente para cumplir las exigencias del citado principio registral, quedando perfectamente determinados los inmuebles que componen el edificio y, por extensión, los que serán entregados al cedente del solar. No obstante, a continuación se consignará una semblanza del principio de especialidad que debe servir para discernir si la descripción de la obra futura contenida en el proyecto arquitectónico es lo suficientemente compatible con el mismo y, por ende, si la propia escritura de permuta sirve para entender transmitidos al cedente los departamentos futuros sin necesidad de dividir horizontalmente el inmueble con carácter previo.

Aunque en sus orígenes se conecta directamente con la hipoteca, su evolución va extendiendo dicho principio a todos los derechos reales, tal cual enseña SANCHO REBULLIDA⁹⁷²; ahora bien, precisamente por la especialidad del régimen de la propiedad inmobiliaria, la publicidad registral de la misma se ha de dotar de las mayores cautelas para no invertir el efecto pretendido si se simplifica en exceso⁹⁷³. En palabras de la RDGRN de 7 de julio de 1960⁹⁷⁴: «la determinación de la identidad del inmueble, requerida por el principio hipotecario de especialidad, constituye una de las más principales misiones de la función calificadora, porque la finca es elemento básico de nuestro sistema registral sobre el que se fundan el dominio y todos los demás derechos reales que puedan constituirse».

En lo tocante al contrato objeto de este trabajo es primordial poner en valor las exigencias del principio registral de especialidad para conocer con exactitud las fincas

⁹⁷² LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: ob. cit., págs. 58 y 59, sostiene que a través del principio de especialidad se «trata de conseguir la univocidad más absoluta en las manifestaciones del Registro para lo cual es preciso que la inscripción pueda publicar con toda exactitud el titular de cada derecho, la finca sobre que recae, el contenido del derecho y la proporción en que al titular corresponde».

⁹⁷³ Así lo advierte BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: *La propiedad de casas...*, ob. cit., pág. 197, pues su criterio es que, en caso contrario: «La gran variedad que en cuanto a la extensión de los derechos de los propietarios puede existir en cada caso y la trascendencia que ello tiene para los terceros, exige dilatadas y minuciosas inscripciones con transcripción de los reglamentos de condominio. El principio de especialidad padece con ello y no siempre aparece clara la delimitación de las facultades que a cada uno competen y las obligaciones que le incumben».

⁹⁷⁴ RJ 1960, 2490.

que componen la futura edificación⁹⁷⁵ y, en particular, las que serán propiedad del cedente del solar, dotando al tráfico inmobiliario de seguridad jurídica ya que afecta directamente a la buscada protección registral para el mismo frente a las agresiones de terceros ajenos al contrato así como de los abusos o incumplimientos por parte del cesionario⁹⁷⁶.

Así, la tesis de la transmisión actual al cedente al firmarse el contrato de permuta por obra futura en los términos que introdujo el art. 13 RH según la redacción del RD 1867/1998, exigía idéntico detalle en las piezas de edificación que habrían de corresponder al cedente que la que taxativamente se requiere para dividir horizontalmente cualquier inmueble. De ahí que buena parte de la doctrina se haya decantado por entender que sólo cabe considerar transmitidos los inmuebles futuros al cedente una vez que se ha otorgado la escritura de obra nueva y división horizontal del edificio, instrumento público que accederá sin trabas al Registro de la Propiedad, constando *erga omnes* las piezas del mismo que son titularidad del anterior propietario del solar.

En ocasiones, las partes contratantes configuran los negocios de cambio de solar por obra futura atribuyendo al cedente un porcentaje sobre la obra final ejecutada por el cesionario, según los parámetros que permita la normativa urbanística. Las cautelas y garantías que requiere esta concepción del negocio jurídico han de ser más rigurosas que en el supuesto que se ha denominado como «tradicional» del presente contrato ya que, apriorísticamente, no quedan delimitados y definidos los inmuebles objeto de la contraprestación. Sin embargo, nada obsta —y así se ha contemplado en la práctica—

⁹⁷⁵ La importancia del principio de especialidad no debe desvirtuarse recurriéndose a argumentos rayanos con el absurdo como se observa en la RDGRN de 14 de enero de 2013 (RJ 2013, 3661), al resolver sobre la suspensión del registrador de la propiedad de Moncada (Valencia) de la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva de una vivienda unifamiliar por considerar que no se especifica la superficie de cada una de las plantas que conforman la finca. El Centro Directivo determina en el Fundamento de Derecho Segundo de la citada Resolución que: *En orden a la declaración de una obra nueva, no acompañada de individualización de sus elementos con acceso independiente a un elemento común o a la vía pública —división horizontal, lo que aquí no ocurre— la precisa descripción de la finca en el título que pretenda su acceso al Registro de la Propiedad, como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales en el Registro, no puede imponer más precisión en cuanto a la descripción de su superficie, que la que afecta a su individualidad, es decir, la total construida y útil, única que puede ser exigida quedando salvado con ello, en cuanto coincidente con la licencia que ha servido de base a la declaración, todos los requisitos administrativos exigibles por la legislación urbanística aplicable.*

⁹⁷⁶ SILLERO CROVETTO, Blanca y M^a José GARCÍA ALGUACIL: ob. cit., pág. 347, destacan que los problemas y litigios que surgen en relación con este contrato provienen con la determinación de la cosa futura, recomendando que las partes al momento de suscribir el contrato especifiquen lo máximo posible el objeto de la contraprestación del cesionario, apostillando que puede ser expreso deseo de los contratantes el emplazarse a un momento posterior para decidir sobre lo que será el objeto futuro a entregar por el constructor.

que las partes hayan convenido un porcentaje sobre la obra futura pero incluyendo una relación, siquiera de mínimos, de aquellas piezas de obra que necesariamente deberán computarse como integrantes del referido porcentaje. Ahora bien, cabe reseñar la existencia de dos vertientes en esta variante que pueden proporcionar una mayor o menor protección al cedente, según la descripción utilizada: por un lado, además de indicar el porcentaje de obra futura, el contrato puede señalar que se entregará al cedente, por ejemplo, dos plazas de garaje del sótano primero, un trastero y dos viviendas en la primera planta del edificio a construir; por otro lado, se puede ser más exhaustivo y explicitar en el acuerdo que el cedente recibirá un determinado porcentaje de la futura obra en el que se incluirán obligatoriamente las plazas de garaje nº 12 y nº 45 del sótano primero, el trastero nº 23 y las viviendas 1º A y 1º B del portal 2 del edificio a construir, de conformidad con el proyecto arquitectónico previamente examinado por el dueño del suelo.

La diferencia evidente es la posibilidad de que las concretas piezas de futura edificación, ya elegidas anticipadamente por el cedente, pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, al menos, desde que se inscriba la escritura de obra nueva en construcción y división horizontal del futuro edificio, sin entrar ahora a valorar si es factible la inscripción del porcentaje pactado desde el mismo momento en el que se suscribe el contrato de permuta⁹⁷⁷. En el primer supuesto el propietario del solar se verá conminado a negociar la inclusión en el contrato de cuantas garantías, —ya reales, ya personales—, le aseguren al máximo posible que la contraprestación a recibir será

⁹⁷⁷ La RDGRN de 5 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7654) se pronuncia sobre un supuesto de negativa a inscribir la contraprestación del cesionario en una escritura de permuta consistente en un porcentaje de un 19% de la obra que pueda construirse con arreglo a la normativa urbanística y al planeamiento, obligación que ha de cumplirse en el plazo máximo de dos años a contar desde la licencia o, en su caso, desde las sucesivas licencias que autoricen la construcción en la totalidad o en partes del terreno adquirido o de sus subrogados por consecuencia del expediente de compensación urbanística. El registrador de la propiedad, efectuando la inscripción de la transmisión del solar al cesionario, suspende la inscripción de la contraprestación del constructor por no estar determinadas las partes de la obra que se proyecta construir en las que se materializará el referido porcentaje, ni existen unos criterios claros que permitan su determinación posterior así como por no señalarse el plazo máximo de entrega de la obra futura. Así, el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución reza así: *Si se tiene en cuenta: a) que en nuestro Registro de la Propiedad se inscriben, entre otros, los títulos por los que se transmite el dominio de un inmueble (vid. artículos 1 y 2.1 de la Ley Hipotecaria); b) que el contrato de permuta documentado en escritura pública (en la que expresamente se dispone el carácter real e inmediato de la transmisión del inmueble) produce la transmisión dominical del bien que una de las partes se obliga a entregar (vid. artículos 609, 1262 y 1538 del Código Civil); c) que no cabe en este caso poner en entredicho la validez del contrato de permuta calificado por posible indeterminación de la prestación de una de las partes (cfr. artículos 1261.1 y 1271 a 1275 del Código Civil), toda vez que la contraprestación asumida por el adquirente del solar se halla perfectamente definida en sus aspectos cualitativos, cuantitativo y temporal; deberá concluirse, pues que procede la inscripción de la transmisión del terreno. Por lo demás, es irrelevante decidir si, a efectos registrales, ese compromiso de entregar cosa futura asumido por el adquirente del solar satisface las exigencias del principio de especialidad [artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51 Reglamento Hipotecario toda vez que claramente se configura como una mera obligación personal —que ni siquiera se asegura con garantía real— y que, por tanto, queda excluida del Registro (vid. artículo 98 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de una breve referencia a la misma en el asiento que recoja la adquisición de solar, en tanto que contraprestación del negocio adquisitivo —permuta— que sí debe reflejarse en la inscripción (cfr. artículo 10 de la Ley Hipotecaria para el caso de compraventa).*

cumplida; en el segundo caso, sin desdeñar el recurso a tales garantías, el cedente cuenta con un plus de protección por el simple hecho de quedar perfectamente identificada la contraprestación que percibirá.

La exigencia del principio de especialidad rige para cualquier forma de diseñar el contrato de cambio de suelo por obra futura sin agotarse en el caso anteriormente expuesto. En efecto, existen otras referencias a este principio registral en casos de reserva de derecho de vuelo, como las encontradas en las RRDGRN de 6 de noviembre de 1996⁹⁷⁸ y 29 de abril de 1999⁹⁷⁹, en las cuales, el dueño del suelo se reserva el derecho de vuelo en el futuro edificio sin especificarse las plantas que se construirán o el plazo para su ejercicio⁹⁸⁰.

Con este diseño el refuerzo de la posición del cedente es total ya que, incluso en el caso de reconocérsele un derecho real sobre la edificación pactada, si no goza de protección tabular, puede verse perjudicado por transmisiones a *non domino* por parte del cesionario⁹⁸¹ y chocar frontalmente con la figura del tercero hipotecario lo que dinamitaría el carácter directo e inmediato sobre la cosa ínsito en todo derecho real, traduciéndose en la necesaria reclamación judicial por incumplimiento contractual y resarcimiento de daños y perjuicios.

⁹⁷⁸ RJ 1996, 7928.

⁹⁷⁹ RJ 1999, 2762.

⁹⁸⁰ No obstante, además de la llamada de atención con respecto a la carencia de la exigencias del principio de especialidad, la DGRN, en ambos casos, concluye que realmente *lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el artículo 16.2º del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es, la de materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística (vid. artículos 5, 8, 23, 26 y 31 de la Ley del Suelo); se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los artículos 368 y sentencias del Código Civil) lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme a los artículos 1 y 2 Ley Hipotecaria) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (vid. artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación economicopolítica y su trascendencia «erga omnes») que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vid. artículos 513, 526, 546, 1608 y 1655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad.*

⁹⁸¹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen: *Cesión de solar...*, ob. cit., pág. 165.

Asimismo, la constancia registral con todo detalle de los elementos constructivos correspondientes al cedente difuminan automáticamente cualquier alegación del tercero a la buena fe que requiere el art. 34 LH. Es pacífico que la buena fe se asemeja al desconocimiento y la mala fe al conocimiento⁹⁸², por lo que, incluso en aquellos supuestos en que exclusivamente se anota registralmente la referencia a la contraprestación del cedente en virtud del mandato del art. 10 LH, el tercer adquirente no puede alegar desconocimiento.

II.2.3. El aprovechamiento urbanístico

La función social del derecho de propiedad supone la imbricación y subordinación que presenta hoy en día la propiedad, como máximo exponente de los derechos reales, con el fin social de la misma proyectado en la participación de la sociedad en las plusvalías generadas por la acción urbanizadora; o lo que es lo mismo, la íntima conexión existente en la actualidad entre el Derecho Civil y el Derecho Urbanístico especialmente dentro del ámbito relativo a la construcción en sentido general⁹⁸³.

⁹⁸² Un ejemplo palmario se encuentra en la STS (Sala 1ª) de 6 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5680) resuelve una controversia centrada en la existencia o no de buena fe del tercero, en este caso, del acreedor hipotecario. La demanda formulada por la sociedad cedente del solar, Atices, S.L., frente a Lovipro Servicios Inmobiliarios, S.L., promotora-cesionaria, y la Caja de Ahorros del Mediterráneo (hoy Banco C.A.M.), solicitaba la entrega de dos viviendas y cuatro plazas de garaje en el edificio a construir por la cesionaria, libres de cargas y gravámenes, así como la nulidad de pleno derecho de la hipoteca constituida sobre las fincas por Lovipro Servicios Inmobiliarios, S.L. a favor de la referida Caja junto a la nulidad de la inscripción registral de la misma, por haber intervenido el banco acreedor hipotecario como garante en el contrato de permuta de solar por obra futura entregando un aval por importe de 200.000 € mediante el que se garantizaba la entrega libre de cargas de los inmuebles anteriormente referidos. La entidad de crédito interpuso acto seguido procedimiento de ejecución hipotecaria, quedando suspendido el mismo hasta la resolución firme del procedimiento ordinario. La demanda se estimó sustancialmente en primera instancia, desestimándose frente a la Caja de Ahorros del Mediterráneo. Formulada recurso de apelación por la mercantil cedente, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el mismo, declarando la nulidad de la hipoteca y de la inscripción registral de la misma. El recurso de apelación se interpone por la reiterada Caja alegando infracción del art. 34 LH en relación con los derechos del acreedor hipotecario como consecuencia de haberse constituido la hipoteca por el legítimo titular del dominio (la entidad cesionaria) sin que afecte a la ejecución de la hipoteca la existencia del derecho de crédito que ostenta la cedente del suelo. Sin embargo, el Alto Tribunal, aun manteniéndose firme en cuanto a la exigencia de título y modo para la adquisición del dominio y la posibilidad de todo dueño de gravar un inmueble de su propiedad con hipoteca aun cuando esté obligado a entregarlo a un tercero libre de cargas y gravámenes, desestima el recurso de casación, expresando en el Fundamento de Derecho Quinto: *En este caso no cabe duda de que la CAM, ahora recurrente, no era ajena al contrato celebrado y era conocedora de que el deudor hipotecario —Lovipro Servicios Inmobiliarios, S.L.— había contraído la obligación de entregar las viviendas y plazas de garaje litigiosas “libres de cargas y de gravámenes” ya que incluso se había constituido en garante ante Atices, S.L. del cumplimiento correcto de dicha obligación mediante la constitución de un aval. De ahí que la aplicación del criterio de la falta de buena fe según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no supone la vulneración de dicha norma, aún más si la misma se conecta con la exigencia general de buena fe contenida en el artículo 7 del Código Civil y la evitación de fraude de ley que supondría el hecho de poder facilitar al obligado el incumplimiento de una obligación precisamente quien se constituyó en garante de su adecuada satisfacción ante el acreedor de la prestación consistente en la entrega de los inmuebles libres de cargas y gravámenes.*

⁹⁸³ SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: “La inscripción separada...”, ob. cit., pág. 2231, advierte que la irrupción del urbanismo en la propiedad inmobiliaria ha provocado la aparición de nuevos objetos de derecho como el aprovechamiento urbanístico, «que pueden llegar a ser cosas patrimonializables de carácter inmaterial». Idéntica aseveración en el artículo del mismo autor: “La inscripción de la opción de compra del aprovechamiento urbanístico sobre fincas pendientes de reparcelación”, en *RCDI*, nº 694, marzo-abril 2006, págs. 796 y 797. También GARCÍA MEDINA, José: *Hipoteca del aprovechamiento urbanístico*, La Ley, Madrid,

LASO MARTÍNEZ⁹⁸⁴ deja sentado que el derecho al aprovechamiento urbanístico es un derecho inmaterial que se adquiere, transfiere e incluso se extingue con independencia del suelo del que dimana y de aquel al que ha de acrecer, por lo que se da un «salto en el vacío» desde la concepción romana sobre la cual los derechos reales inmobiliarios se ejercen sobre cosas tangibles, susceptibles de posesión, aunque pudieran estar representadas formalmente por el sistema hipotecario. Así, «partiendo de que al ser el Derecho inmobiliario un derecho de cosas y el aprovechamiento urbanístico una parte integrante de éstas, tales cosas están en el tráfico privado y sobre ellas bulle una compleja estructura de relaciones jurídicas múltiples de las que resulta que los bienes de los que se predicha el aprovechamiento urbanístico pueden estar gravados con derechos reales de exteriorización meramente formal —hipoteca— dividido el dominio, sujeto a derechos reales limitados o de preferente adquisición, o integrantes de procesos de transmisión, etc».

Si bien es cierto que el aprovechamiento urbanístico se concibe como una cuantificación del *ius aedificandi* efectuado por la Administración competente⁹⁸⁵ no cabe confundir el mismo con el derecho de superficie debido a que sólo éste último concede al superficiario la facultad de edificar de inmediato en finca ajena. A pesar de ello y como es sabido, el aprovechamiento urbanístico es susceptible de ser objeto de negocios jurídicos de transmisión y gravamen, con separación del suelo de origen. El hecho de que el ordenamiento jurídico, concretamente los arts. 33 a 44 del RD 1093/1997, de 4 de julio, permita inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho al aprovechamiento urbanístico le proporciona una envoltura patrimonial cuya culminación se encuentra en que el mismo puede llegar a hipotecarse convirtiéndose en un auténtico derecho real de garantía.

2008, págs. 31 y 32, señalando que es notorio que en la actualidad, en los contratos de compraventa de suelo urbanizable, cada vez más los intervinientes definen su objeto por «metro-techo» atribuibles y uso urbanístico de los mismos y no por la superficie descriptiva del suelo adquirido y ARNÁIZ EGUREN, Rafael: “El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia (Puntualización necesaria a un trabajo de Francisco Núñez Lagos)”, en *RCDI*, nº 621, marzo-abril 1994, págs. 605 y ss.

⁹⁸⁴ LASO MARTÍNEZ, José Luis en LASO MARTÍNEZ, José Luis y Vicente LASO BAEZA: *El aprovechamiento urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 26.

⁹⁸⁵ El art. 11.2 RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana precisa que la patrimonialización de la edificabilidad se produce con su realización efectiva, si bien no establece el momento específico en que se verifica: *La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.*

La doctrina científica se inclina por considerar al aprovechamiento urbanístico un derecho real como manifestación del sistema de *numerus apertus* de derechos reales imperante en el ordenamiento jurídico español⁹⁸⁶. GARCÍA MEDINA⁹⁸⁷ lo considera un derecho real especial pues en el aprovechamiento urbanístico se manifiestan con fuerza las cualidades de poder, pertenencia y protección como objeto destinado al goce directo exclusivo de su titular.

De hecho, CARRASCO PERERA⁹⁸⁸ enumera la adquisición de aprovechamientos urbanísticos por medio de contratos privados como bienes susceptibles de tráfico jurídico independiente del suelo dentro de los conflictos privados con determinaciones urbanísticas que pueden darse en la práctica⁹⁸⁹. Es más, dentro de los parámetros que conforme a su criterio una norma urbanística requiere para adquirir relevancia en el tráfico jurídico privado están aquellas susceptibles de interesar a los particulares en una relación bilateral y, dentro de éstas, enumera el caso de la norma urbanística que «crea objetos de derechos nuevos», como los aprovechamientos urbanísticos transferibles. En este caso, entiende el citado autor que se modifican las reglas de apropiación de bienes jurídicos en las relaciones jurídico privadas ya existentes.

En definitiva, con la mención del aprovechamiento urbanístico como derecho real se quiere poner de manifiesto la evidente viabilidad de considerar el inmueble a construir, dentro de los parámetros recogidos en los anteriores apartados, como objeto susceptible de transmitirse de forma inmediata y automática al cedente del solar con el otorgamiento de la escritura pública de permuta.

⁹⁸⁶ En contra LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: “El contrato y el aprovechamiento urbanístico”, en *ADC*, 2007, fascículo III, págs. 1080 y 1081. Para este jurista el concepto de aprovechamiento urbanístico es una simple unidad convencional para medir la utilidad edificatoria de las fincas susceptibles de actuación urbanística, asimilándose en este sentido a otras unidades de medida como el litro, el metro o el gramo, sin que nada indique que puede adscribirse el aprovechamiento urbanística a ninguna de las grandes categorías de derechos subjetivos: derechos reales y derechos obligacionales o de crédito. Sin embargo, este mismo autor, años antes, en su obra: *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Montecorvo, Madrid, 1995, pág. 37 y 261, afirmaba que: «resulta imposible llevar a cabo una calificación unívoca de la naturaleza real o personal del aprovechamiento urbanístico» aunque su verdadera posición quedaba enmarcada en desvirtuar al aprovechamiento urbanístico como derecho real.

⁹⁸⁷ GARCÍA MEDINA, José: ob. cit., pág. 99.

⁹⁸⁸ CARRASCO PERERA, Ángel: *Relaciones civiles...*, ob. cit., págs. 20, 23 y 24.

⁹⁸⁹ SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: “La inscripción de la opción de compra del aprovechamiento urbanístico sobre fincas pendientes de reparcelación”, en *RCDI*, nº 694, marzo-abril 2006, págs. 796 y ss., refrenda la inscripción registral de contratos de opción de compra sobre aprovechamientos urbanísticos al amparo del art. 307 TRLS de 26 de junio de 1992, art. 14 RH y arts. 33 a 44 RD 1093/1097, de 4 de julio.

II.2.4. Admisión de las propiedades horizontales *de facto*

El desenvolvimiento cotidiano del tráfico jurídico mercantil nos revela situaciones en las que existen situaciones de copropiedad, bien de edificios en fase de venta sobre plano, bien de edificios finalizados, en los cuales no se ha otorgado aún el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal. A los efectos del objeto de la presente investigación interesa mostrar la existencia de tales situaciones habida cuenta de que pueden darse aun con el edificio sin construir por la proliferación ya constatada e interiorizada por los consumidores de la venta de inmuebles futuros sobre plano.

Mayoritariamente la jurisprudencia del Alto Tribunal y la doctrina científica han considerado que el título constitutivo no es un elemento sustancial para la existencia y funcionamiento de la comunidad como tampoco su inscripción en el Registro de la Propiedad, relativizando el valor del mismo, acudiéndose por analogía para regular este tipo de situaciones a la LPH⁹⁹⁰. Así lo dispone la propia LPH, cuyo art. 2.b) estipula que la citada ley especial se aplicará: *a las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal*. De hecho, como señala GÓMEZ CALLE⁹⁹¹ a pesar de la utilización por la LPH del término «constitutivo» referido a un «título» parece que no se hace de forma precisa y dicho título no es realmente constitutivo de dicho régimen aunque con su otorgamiento el edificio queda supeditado específicamente al mismo.

Así se constata en las siguientes resoluciones jurisprudenciales: en primer lugar, en la STS (Sala 1ª) de 16 de junio de 1995⁹⁹² en la que una Comunidad de Propietarios reclama a una sociedad mercantil el abono de cuotas de comunidad no satisfechas

⁹⁹⁰ Así lo hacen constar FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: “¿Existen...”, ob. cit., págs. 5 a 7; ZURILLA CARIÑANA, Isabel: ob. cit., págs. 28 a 30 y GARCÍA GIL, F. Javier: *Suma de la propiedad por pisos o locales*, DAPP, Pamplona, 2006, págs. 47 y 48. De hecho, como afirma LOSCERTALES FUERTES, Daniel: *Propiedad Horizontal. Legislación...*, ob. cit., pág. 97, el hecho de no haber otorgado el título constitutivo «no permite ignorar la Ley». No obstante, MEDINA DE LEMUS, Manuel: “Retornos al título constitutivo...”, ob. cit., págs. 1178 a 1180, señala el carácter esencial del título constitutivo pues debido a la complejidad de las relaciones existentes en sede de propiedad horizontal no pueden quedar sujetas a una «suerte de ligereza irresponsable» con una mínima regulación legal.

⁹⁹¹ GÓMEZ CALLE, Esther: “La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal”, en *ADC*, 1992, fascículo IV, ob. cit., págs. 1534 y 1535.

⁹⁹² RJ 1995, 5299.

dentro de un conjunto inmobiliario constituido de hecho. Dentro de los motivos de casación, la sociedad recurrente alegó infracción del art. 5 LPH en relación con los requisitos para determinar la cuota de contribución a los gastos comunes. Sin embargo, el Alto Tribunal discrepa de lo postulado por la demandada por la evidente relación entre ésta y la Comunidad del complejo urbanístico del que forma parte, sometido al régimen de la LPH, aun habiendo nacido *de facto*: *desde el momento en que, una vez la Entidad promotora ha llevado a cabo la parcelación y división horizontal de la finca, un tercero adquiere, aun por documento privado, uno de los elementos privativos o independientes del complejo, con su consiguiente participación en los elementos comunes, sin que el título constitutivo sea elemento sustancial para la existencia o funcionamiento de la Comunidad, como tampoco lo es la inscripción en el Registro, requisito que igualmente carece de efectos constitutivos, sino simplemente efectos de publicidad y en cuanto a terceros.*

Idénticos argumentos se encuentran en la STS (Sala 1ª) de 7 abril de 2003⁹⁹³, resolución que versa sobre la demanda interpuesta por una Comunidad de Propietarios con la finalidad de que se declarara la inexistencia de un conjunto residencial no constituido conforme a lo dispuesto en la LPH. Sin embargo, la pretensión actora es desestimada en todas las instancias, reconociéndose en casación que el antedicho conjunto residencial había funcionado de hecho como una auténtica comunidad sometida al régimen especial de propiedad horizontal, basándose en idénticos argumentos que en la STS (Sala 1ª) de 16 de junio de 1995.

Por último, la línea vista en las anteriores resoluciones es continuada en la STS (Sala 1ª) de 23 de enero de 2008⁹⁹⁴, en el que el problema principal radicaba en determinar el régimen jurídico que resultaba de aplicación a una parcela enclavada en el barrio madrileño de Carabanchel Alto, sobre la que se había constituido una zona común de tránsito y aparcamiento, el régimen previsto en los arts. 392 y ss. CC o el propio de la LPH. El TS consideró que la parcela objeto del litigio conformaba un elemento común, surgido o creado en relación de funcionalidad y destino a los edificios

⁹⁹³ RJ 2003, 3680.

⁹⁹⁴ RJ 2008, 393.

que integran el conjunto, o lo que es igual, un elemento común a todo el edificio regido por la LPH, el cual, no puede gravarse, enajenarse o embargarse si no es en conjunto con la parte privativa de la que resulta anejo inseparable.

También la DGRN ha seguido la misma línea como refrenda la RDGRN de 18 de julio de 1995⁹⁹⁵ por la que se vino a estimar que el régimen de la propiedad por pisos o locales nace desde el momento en que los departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente pasan a pertenecer por cualquier título a distintas personas, aun cuando la primera venta se hubiera efectuado con anterioridad a la entrada en vigor de la LPH.

A la vista de todo lo anterior puede defenderse la innecesariedad de someter el edificio a la LPH y de dividirlo horizontalmente para que los respectivos pisos o locales queden perfectamente determinados conforme previene el art. 5 LPH, en relación con el art. 8.4 LH.

II.3. Suma de ficciones

Para la mayoría de los autores y conforme a la doctrina mantenida casi de manera invariable por la Sala (1ª) del TS, la escritura pública de permuta de solar por obra futura únicamente produce efectos jurídico-obligaciones en base a la inexistencia material de los futuros departamentos, considerando que de admitirse la teoría opuesta, se estaría contratando sobre objetos irreales y conceptualmente inexistentes.

No obstante, la transmisión del dominio de los inmuebles a construir se ampara en diferentes ficciones, todas ellas con su correspondiente soporte jurídico, dando cobertura a la posibilidad de su transmisión en el momento de otorgarse la escritura pública que documenta el negocio jurídico de aportación de solar por futura edificación.

⁹⁹⁵ RJ 1995, 5578.

En primer lugar, la propia tradición instrumental contenida en el art. 1462.2. CC es una ficción jurídica en sí misma. El ordenamiento jurídico hace equivaler la entrega material de la cosa con el hecho de otorgarse el negocio jurídico ante notario, como funcionario público cualificado. La discrepancia en el ámbito relativo a los contratos con objeto futuro y a su actual y objetiva inexistencia es la concerniente a la posibilidad de que se entienda que el constructor no puede transmitir la propiedad de los elementos futuros por carecer de posesión, mediata o inmediata, sobre los mismos. Sin ánimo de reiterar lo ya consignado con anterioridad, a juicio de la presente investigación, el cesionario sí posee mediatamente los departamentos a construir porque no pueden concebirse los mismos sin la proporción correspondiente del solar, cosa presente, sobre el que se erigirá el futuro edificio.

La segunda ficción que se ha puesto de relieve en el presente estudio es el hecho del acceso tabular de las situaciones de prehorizontalidad reflejadas en el art. 8.4 LH, no sólo cuando la construcción ha dado inicio en sentido físico, sino cuando el edificio está «meramente proyectado». La tendencia doctrinal a admitir que la construcción haya dado comienzo «en sentido técnico», cuando existe un proyecto arquitectónico y se han concedido las licencias administrativas pertinentes para iniciar las obras de construcción, no sólo es una mejor expresión de la realidad del sector constructivo sino que desemboca en la admisión de la constancia en el folio registral del solar de las diferentes fincas en las que el futuro edificio quedará dividido. Por ende, aunque esta investigación acoge el criterio de que los departamentos futuros quedan perfectamente determinados cuando el edificio se ha dividido horizontalmente, incluso si los mismos parámetros exigidos en la LPH y en la LH se hacen constar en el contrato antes de su inscripción registral, realmente lo que accede al Registro una descripción imaginaria, basada en un proyecto arquitectónico sujeto a determinaciones urbanísticas, de cómo se han definido y proyectado los elementos que compondrán el edificio pero no la descripción basada en una realidad tangible.

En conexión con lo anterior, la referencia que se hace en este capítulo a la evolución del concepto tradicional de finca, a la concepción tridimensional del derecho de propiedad y al aprovechamiento urbanístico, conciben un volumen, un espacio

cúbico, un cuerpo cierto⁹⁹⁶ susceptible de transmisión separada del suelo, que aun siendo una ficción, se corresponden con un espacio suficientemente delimitado susceptible de representación gráfica o física a escala y, por supuesto, objeto de negocios jurídicos transmisivos.

A lo expuesto hay que adicionar la posibilidad de hipotecar o ser susceptible de embargo tanto el aprovechamiento urbanístico como aquellos pisos o locales que hayan accedido al Registro de la Propiedad según lo prevenido en el art. 8, párrafos 4 y 5 LH, confiere un valor adicional a cuanto antecede. El ordenamiento jurídico dota de herramientas que posibilitan delimitar espacialmente los departamentos futuros pero, además, prevé que se ofrezcan y se acepten incluso como garantías reales.

⁹⁹⁶ VILLACAÑAS GONZÁLEZ, Pedro: “La propiedad en sentido vertical”, en *RCDI*, nº 302-303, julio-agosto 1953, pág. 486, manifiesta que el art. 350 CC resulta incompleto al omitir toda referencia al espacio aéreo pues únicamente se habla de superficie. Según su criterio, el concepto es más extenso cuando se refiere al subsuelo «aunque parece referirse a cuerpos ciertos» al atribuir dicho precepto la propiedad de lo que está debajo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIÓN PRIMERA

VIGENCIA DEL CONTRATO DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

El reverdecimiento experimentado en las últimas décadas por la permuta en general y por los negocios jurídicos de aportación de solar por obra futura en particular, proviene del gran interés que despierta para ambas partes contratantes, gracias, especialmente, a la excelente relación coste-beneficio que reporta. El cedente del solar, habitualmente, suele ser propietario de un suelo susceptible de ser edificado pero, sin embargo, carece de los suficientes recursos para acometer una construcción que comporta gran desembolso económico. Por su parte, el cesionario se corresponde con un profesional del mundo inmobiliario, promotor o constructor, a quien le interesa edificar en el terreno del cedente a cambio de la contraprestación en obra futura que se pacte, ahorrándose inicialmente la ingente inversión que supone adquirir un solar edificable.

CONCLUSIÓN SEGUNDA

TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN LOS CONTRATOS CON OBJETO FUTURO

Los ordenamientos jurídicos que han acogido el sistema de transmisión consensual de la propiedad hacen recaer toda la fuerza transmisiva en el título, consiguiendo, *a priori*, una mayor agilidad del tráfico jurídico-mercantil frente al resto de sistemas. No obstante, en materia de transmisión del dominio en los contratos con objeto futuro, tanto en Italia, como en Francia, se requiere que la cosa llegue a existir para que estos contratos desplieguen todos los efectos jurídico-reales anudados a los mismos.

En el ordenamiento jurídico español, a pesar de requerirse la concurrencia de título y modo para adquirir el dominio, la progresiva espiritualización que ha experimentado el requisito de la *traditio* ha facilitado igualmente las transacciones comerciales. En el supuesto específico de los contratos de permuta de solar por obra futura deviene necesario potenciar la espiritualización de la tradición a fin de contrarrestar la dificultad que representa la inicial inexistencia física de los inmuebles futuros y el correlativo distanciamiento entre el poseedor y la cosa. Es defendible la transmisión de la propiedad en instrumento público efectuada por un no poseedor, extremo que acredita la necesidad de fomentar la espiritualización del modo transmisivo con la finalidad de proteger al cedente del solar como parte más débil del contrato.

CONCLUSIÓN TERCERA

SUPERACIÓN DE LA TEORÍA DE LA EFICACIA JURÍDICO-OBLIGACIONAL

La teoría que concede exclusivamente eficacia jurídico-obligacional a la escritura pública de permuta de solar por obra futura debe quedar completamente superada. Esta concepción contiene una explicación insuficiente y apartada de la realidad de los contratos con objeto futuro. Resulta factible arropar al primigenio dueño del suelo de un plus de seguridad en la fase intermedia del contrato de aportación de solar dentro de la órbita del ordenamiento jurídico vigente y con absoluto respeto a la teoría del título y el modo. La teoría del *ius ad rem* y de la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta se muestran como soluciones más adecuadas a los problemas que afectan a la transmisión del dominio en los contratos de solar a cambio de futura edificación.

Los pilares que sirven de base a la teoría que exclusivamente concede al cedente un derecho de crédito o personal son combatibles con razonamientos de suficiente calado jurídico. En primer lugar, para contrarrestar su argumento de que un derecho real no puede recaer sobre un objeto físicamente inexistente es factible atribuir, aun

parcialmente, cierta existencia física a la cosa tomando en consideración el solar sobre el que se asentará el futuro edificio, incluso estando el edificio meramente proyectado. En su defecto, es perfectamente válido asimilar a una realidad corpórea la «existencia jurídica» que resulta del acceso al Registro de la Propiedad de la escritura pública de permuta del solar a cambio de obra futura cuando previamente se ha declarado la obra nueva en construcción y la división horizontal del edificio a construir.

El segundo fundamento de la teoría de los efectos jurídico-obligacionales de la escritura pública de permuta, centrado en el hecho de que la entrega de la cosa no puede llevarse a cabo por un no poseedor, se contrarresta asumiendo que, en relación con los contratos con objeto futuro, puede operar la tradición instrumental sin que el *tradens* sea poseedor inmediato, como demuestra la tesis de la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta, flexibilizándose de esta forma el requisito del modo.

CONCLUSIÓN CUARTA

CONSTANCIA REGISTRAL DE LA TRANSMISIÓN DIFERIDA DE LA PROPIEDAD

La tesis de la transmisión diferida de la propiedad, aun manteniendo que la naturaleza jurídica del derecho del cedente del solar es de carácter personal, evidencia un patente avance con respecto a la estricta aplicación de la teoría que defiende únicamente los efectos jurídico-obligacionales de la escritura pública de permuta. La admisión de que la transmisión de los elementos futuros al cedente se difiera al momento de finalización de la edificación sin necesidad de otorgar una nueva escritura pública atempera el requisito del modo. Sin embargo, esta concepción se revela inhábil para proteger en mayor medida al cedente del solar durante la fase intermedia entre la suscripción del contrato y la entrega de los departamentos pactados. Durante el amplio lapso de tiempo que transcurre hasta la finalización de las obras, el cedente queda sometido a las agresiones provenientes de terceros ajenos al contrato como

consecuencia de que la naturaleza de su derecho sigue siendo estrictamente personal hasta que se acredite la conclusión de la edificación.

Los inconvenientes de inseguridad jurídica, indefinición y acreditación respecto al concreto momento en el que ha de entenderse que la obra ha finalizado patentizados por la teoría de la transmisión diferida se solventan tomando como cierta la fecha de suscripción del acta de recepción por ser el momento a partir del cual se computan los plazos de garantía contemplados en el art. 17 LOE.

La situación de inseguridad del cedente se remediaría complementando esta concepción con la solución proporcionada por la teoría del *ius ad rem*, orientada a la constancia registral de una anotación preventiva que advierta *erga omnes* de los inmuebles futuros que han de quedar reservados para su entrega al cedente del solar una vez finalizada la edificación.

CONCLUSIÓN QUINTA

LA ANOTACIÓN PREVENTIVA COMO REFLEJO DEL *IUS AD REM* EN EL PLANO REGISTRAL

El *ius ad rem*, pese a carecer de reconocimiento sustantivo expreso, se erige como una eficaz herramienta para sostener que el cedente del solar goza de un derecho más fuerte y preeminente que todos aquellos terceros que puedan amenazar la obtención de la contraprestación debida por el cesionario. La realidad social y la aparición de nuevas modalidades de contratación han de tomarse en consideración para reconocer que, cuanto menos, el inicial propietario del suelo ha de tener derecho *a la cosa*.

La anotación preventiva es la traducción en el plano registral del *ius ad rem* como instrumento que proporcionará al cedente del solar una mayor protección durante la fase intermedia. Las características de provisionalidad y temporalidad de la misma se

adecuan perfectamente al derecho que ostenta el cedente y que requiere de una advertencia frente a terceros del negocio jurídico celebrado y de la contraprestación *in natura* que ha de entregarse.

Como propuesta de *lege ferenda* podría postularse una redacción complementaria del art. 42 LH respecto al establecimiento de una anotación preventiva específica que aludiera a las piezas de edificación a recibir por el cedente del solar dentro de este marco contractual. Sin embargo, la teoría expansiva de las citadas anotaciones podría amparar el encaje en alguna de las que ya recoge el citado precepto sin necesidad de modificación legal alguna.

Como consecuencia de la primacía que en este aspecto hay que atribuir a la anotación preventiva, no resulta satisfactorio el recurso a la consideración del derecho del cedente del solar como un crédito refaccionario a pesar del carácter privilegiado del citado crédito. En primer lugar, en el crédito refaccionario no se dota al inicial dueño del suelo de una protección superior que la dispensada por la anotación preventiva, debiendo añadirse las dificultades existentes en ocasiones para discernir el carácter refaccionario de un determinado crédito.

Idénticas consideraciones merece la utilización de la nota marginal como refuerzo de la posición del cedente del solar y llamada de atención a terceros sobre la existencia de una parte de obra futura reservada al mismo. Las características de accesoriadad y simplicidad de la nota marginal desequilibran la balanza a favor de la anotación preventiva toda vez que ésta última hará constar en el Registro de la Propiedad de una manera más eficaz y pormenorizada los departamentos futuros que han de quedar preventivamente sometidos a su ámbito de actuación.

CONCLUSIÓN SEXTA

LA EDIFICACIÓN FUTURA COMO OBJETO JURÍDICO COMPLEJO Y EN CONTINUO PROCESO DE TRANSFORMACIÓN

Se aceptan como válidos los argumentos jurídicos esgrimidos por la RDGRN de 16 de mayo de 1996. Se considera certera la descripción de la edificación futura como «objeto jurídico complejo y en proceso de transformación», por su perfecta adecuación a la realidad del sector de la edificación. Asimismo, se comparte la consideración de que sobre la obra futura a recibir por el cedente del solar puede recaer un verdadero y actual derecho real si el negocio jurídico transmisivo se formaliza en escritura pública.

Además, se debe hacer hincapié en el hecho de que la verdadera innovación de la Resolución, no suficientemente destacada por la doctrina científica, es el hecho de que el otorgamiento de la escritura pública de permuta de solar por obra futura embebe título y modo, implicando la adquisición automática de la propiedad de los elementos futuros a favor del cedente. El supuesto de hecho que contempla la RDGRN de 16 de mayo de 1996 se basa en una escritura de permuta de solar por obra futura otorgada con anterioridad a la declaración de obra nueva en construcción y constitución de la propiedad horizontal, secuencia fáctica que se repite en la RDGRN de 5 de enero de 1999 con idéntica solución.

Esta línea argumentativa de la DGRN posibilita afianzar la teoría de la eficacia jurídico-real de la escritura pública permitiendo al cedente del solar interponer con garantía de éxito un procedimiento de tercería de dominio y, una vez inscritos a su nombre los futuros departamentos, el planteamiento de una tercería registral en el supuesto de ver comprometida su adquisición por terceros ajenos al contrato.

CONCLUSIÓN SÉPTIMA

LA EFICACIA JURÍDICO-REAL DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA

Esta tesis se muestra partidaria de la teoría que concede eficacia jurídico-real a la escritura pública de permuta de solar por obra futura al verificar que en este contrato

pueden concurrir los requisitos necesarios para que opere la tradición instrumental en virtud del art. 1462.2 CC:

1. La inequívoca voluntad de las partes acerca de un consentimiento traslativo anticipado no representa obstáculo alguno por el amplísimo margen de actuación que permite la autonomía de la voluntad. Los contratantes pueden dejar expresa constancia en la escritura pública de permuta de solar por obra futura de su decidida voluntad de que la doble transmisión del solar y de los elementos futuros se produzca desde el otorgamiento de la misma. El consentimiento así manifestado no puede asimilarse a una transmisión consensual de la propiedad porque no se prescinde de la necesidad de *traditio* para completar el *iter* transmisivo. De hecho, en la firme voluntad de ambas partes de que se lleve a cabo la doble transmisión de manera automática puede hallarse la causa del contrato. El único límite exigido a la voluntad traditoria anticipada de los contratantes es el trazado por el propio art. 1255 CC de respeto a la ley, la moral y el orden público.

El criterio iniciado por las RRDGRN de 5 de noviembre de 1982 y de 18 de abril de 1988, refrendado por la relevante RDGRN de 16 de mayo de 1996, de admitir la inscripción de las obras en proyecto cuando exista acuerdo de las partes respecto al destino que se dará a los pisos y locales del edificio a construir, debe seguir manteniéndose. La constancia tabular de dichos departamentos como «términos de referencia» de los derechos de cada uno de los condóminos contenida en las dos primeras Resoluciones citadas se estima como suficiente para alegar la mala fe de un hipotético tercer adquirente por constar *erga omnes* el destino final de las piezas de edificación atribuidas al cedente del solar.

2. La perfecta determinación de la cosa como requisito para que opere la tradición instrumental en contratos con objeto futuro ha representado dogmáticamente mayores inconvenientes por la dificultad de explicar que pueda llevarse a cabo la transmisión de un objeto inexistente físicamente. La referida inexistencia puede suplirse de dos formas:

2.1. La «existencia jurídica» que confiere a los inmuebles futuros la división horizontal del edificio a construir. Esta investigación se muestra favorable a la admisión de la transmisión automática de los elementos futuros si en el momento de otorgarse la escritura pública de permuta de solar por obra futura se ha efectuado previamente la división horizontal del edificio, de conformidad con lo prevenido en el art. 8.5 LH. Desde la inscripción de la propiedad horizontal, cada uno de los pisos o locales que conforman el edificio goza de existencia jurídica independiente como consecuencia de su reflejo tabular a pesar de su inexistencia material. Los departamentos futuros, a partir de su inscripción, son realidades en el tráfico jurídico inmobiliario y como tales pueden enajenarse y gravarse como se desprende de la posibilidad de hipotecar estas unidades de obra en virtud del art. 107.11º LH.

2.2. La existencia que proporciona la elaboración de un proyecto arquitectónico y la obtención de las licencias administrativas necesarias para iniciar la edificación. La transmisión automática de los departamentos futuros en un edificio que se encuentra en fase de mero proyecto ha encontrado mayores dificultades para su explicación y admisión. Esta tesis admite que en la actualidad la mención «construcción proyectada» contenida en el art. 8.4 LH es asimilable a la «construcción comenzada» que requiere el citado precepto para inscribir en el folio del solar el edificio en su conjunto. La dificultad que doctrinalmente se ha puesto de relieve respecto a la inconcreción del momento en el que la construcción ha de entenderse «comenzada» se soluciona acogiendo la teoría de la construcción comenzada «en sentido técnico», afirmando que la edificación se ha iniciado una vez elaborado el proyecto arquitectónico que dará vida al edificio en su concepción material y obtenidas las preceptivas licencias administrativas que facultan para iniciar el proceso constructivo.

El fundamento de seguir esta concepción es la perfecta armonización de una adecuada solución a la problemática tradicional respecto a la falta de existencia física de los inmuebles futuros con la práctica imperante en el sector de la edificación. La descripción de los pisos o locales contenida en el proyecto arquitectónico, con los requisitos del art. 5 LPH, es suficiente para poder cumplir con la delimitación que requiere la tradición instrumental, incluso con carácter previo a la constitución del régimen de propiedad horizontal. De hecho, en la *praxis*, el proyecto arquitectónico es

el soporte utilizado en los despachos notariales para la preparación de la escritura de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal del inmueble. Incluso, profundizando más, puede darse el supuesto de que se otorgue la escritura pública de permuta y, aún habiéndose otorgado previamente la división horizontal del edificio, ésta no se haya presentado a inscripción como consecuencia de que el acceso tabular no tiene carácter constitutivo en este caso. Por consiguiente, en nada diferirá la descripción de la edificación futura efectuada en la previa escritura pública de permuta, ajustada perfectamente al principio de especialidad, de la que se recoge en la división horizontal.

CONCLUSIÓN OCTAVA

EXISTENCIA DE DERECHOS REALES SOBRE COSAS FUTURAS

Es posible postular una relativización o atemperación de los requisitos clásicos de «inmediatividad» y «absolutividad» de todo derecho real para defender la transmisión automática de los elementos futuros que configuran la contraprestación a percibir por el cedente del solar:

1. La relativización del requisito de la «inmediatividad» resulta posible en virtud del tratamiento que el propio ordenamiento jurídico dispensa a derechos reales en los que, aun siendo existente la cosa, no puede predicarse un poder directo e inmediato de su titular sobre la misma. La hipoteca y las servidumbres negativas son ejemplos paradigmáticos de derechos reales cuyo titular no goza de un poder directo e inmediato sobre la cosa, situación que puede considerarse análoga a la del cedente del solar, tomando como premisa que el solar sobre el que se asentará el futuro edificio sí existe al tiempo de suscripción del contrato.

2. La «absolutividad» sobre un inmueble futuro se resuelve dotando al mismo de cierta materialidad. La oponibilidad *erga omnes* de la propiedad de los elementos futuros pertenecientes al cedente desde el otorgamiento de la escritura pública de permuta de solar por obra futura se solventa mediante la «cosificación» de

los departamentos futuros que se produce en las situaciones de prehorizontalidad. Junto a la imputación proporcional sobre el solar del porcentaje correspondiente a cada una de las piezas de obra futura que conformarán el edificio a construir, éstas pueden representarse intelectualmente a través del proyecto arquitectónico y de la nueva concepción del derecho de propiedad en su perspectiva tridimensional. Este conocimiento apriorístico de la exacta ubicación espacial de todos y cada uno de los departamentos futuros conlleva que su titular pueda ejercitar su poder exclusivo y excluyente sobre los mismos.

CONCLUSIÓN NOVENA

PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

El contenido de los tres primeros párrafos del art. 13 RH, según la redacción otorgada por el RD 1867/1998 y que fueron objeto de anulación por la STS (Sala 3^a) de 31 de enero de 2001, pueden servir de base para promulgar una **nueva norma que regule el específico ámbito en el que se desenvuelve el contrato de permuta de solar a cambio de obra futura**, existiendo un antecedente en la normativa autonómica: la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, de la Comunidad Autónoma catalana.

Un hipotético texto legal debería especificar a partir de qué **momento el cedente del solar ostenta un derecho real sobre los inmuebles a construir**, apoyándose en la construcción de la obra comenzada «en sentido técnico» y con acogimiento de los argumentos defendidos por la teoría que atribuye la eficacia jurídico-real a la escritura pública de permuta.

Otra solución desde el punto de vista de aprobación de una ley específica sería la elaboración de una **ley de prehorizontalidad** similar a la Ley 19.724 de Argentina, actualmente derogada. La citada norma giraba en torno a **la protección que confiere la inscripción registral para solventar los problemas que se ciernen sobre el**

adquirente de un inmueble futuro. Los aspectos a destacar de la Ley 19.724 y que serían trasladables a una futura norma en el ordenamiento jurídico español son los siguientes: **a) la previa afectación del solar** al régimen de prehorizontalidad mediante el otorgamiento de escritura pública al efecto, la cual habría de acceder al Registro de la Propiedad. Al instrumento público habría que adjuntar el proyecto arquitectónico con las licencias administrativas que posibilitan iniciar las obras de construcción; **b) la inscripción registral de los contratos privados** de compraventa sobre los departamentos a construir, a instancia del constructor o de los propios adquirentes. Entre los contratos objeto de inscripción habría que incluir el contrato de permuta de solar a cambio de obra futura quedando adscritos a este régimen los pisos o locales que conformarían la contraprestación a percibir por el cedente del suelo. Los contratos inscritos deberían respetarse por terceros adquirentes de todo o parte del edificio futuro y **c) concurrencia de promotor y adquirentes**, incluido el cedente del solar, para otorgar la escritura de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio.

Sin embargo, aun destacando el paternalismo de la Ley argentina, los resultados últimos que se observan no difieren en su aplicación práctica de los derivados del **reconocimiento de la eficacia jurídico-real de la escritura pública de permuta de solar por obra futura** sin perjuicio del refuerzo legal que significa contar con una disposición normativa que regule ese ámbito específico.

CONCLUSIÓN DÉCIMA

FLEXIBILIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

La rigurosidad de las resoluciones de los Tribunales de Justicia en la aplicación de la teoría del título y el modo puede atemperarse sin acudir a construcciones en exceso teóricas. El mantenimiento de la prácticamente unánime línea jurisprudencial de otorgar exclusivamente efectos jurídico-obligacionales a la escritura pública de permuta

de solar por obra futura está alejada de la realidad, perjudica notablemente el tráfico jurídico-inmobiliario y sitúa en franco desequilibrio a la parte débil del contrato: el cedente del solar. El TS puede retomar en resoluciones venideras idénticos argumentos que los que sirvieron de fundamento a las sentencias de la Sala 1ª de 18 de mayo de 1994 y 14 de noviembre 1997. Sólo de esta forma el cedente podrá interponer con garantía de éxito un procedimiento de tercería de dominio en defensa de su adquisición.

CONCLUSIÓN UNDÉCIMA

CONCORDANCIA CIVIL Y REGISTRAL COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN AL CEDENTE DEL SOLAR

El cedente del solar se verá protegido frente a cualquier agresión externa si se consigue la perfecta imbricación del plano civil con el plano registral. Esta situación se logra otorgando en el mismo acto la escritura pública de permuta de solar por obra futura y la declaración de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio de forma que esta concatenación de negocios jurídicos accedan conjuntamente al Registro de la Propiedad. Con este procedimiento operaría la tradición instrumental respecto a los elementos futuros convenidos como contraprestación por la cesión del suelo, inscribiéndose a nombre del cedente como titular originario de los mismos. Además, con esta articulación se cercena toda especulación acerca de la situación especial de comunidad que resulta de la prehorizontalidad y cuya única explicación convincente es la asimilación de la misma con una reserva de derecho de vuelo a favor del cedente o con una situación jurídica de pendencia.

CONCLUSIÓN DUODÉCIMA

LA PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA COMO DERECHO REAL DE SUPERFICIE Y DE VUELO

La solución que en la *praxis* proporciona mayor protección al cedente del solar frente al cesionario es enmarcar el negocio jurídico de aportación de solar por obra futura dentro de los derechos reales de superficie o de vuelo. Cualquiera de estas operaciones garantiza la adquisición derivativa de la propiedad de los elementos futuros por parte del *dominus soli*, minimizando los riesgos adheridos a esta modalidad contractual. De esta forma quedan perfectamente delimitadas y separadas las propiedades que corresponden a cedente y cesionario. No obstante, requerirá de la previa capacidad de negociación y aceptación por ambas partes contratantes porque, aunque tanto el derecho de superficie como el derecho de vuelo pueden ser objeto de hipoteca, el constructor-cesionario podría encontrar dificultades de financiación si se opta por acudir a estas vías.

CONCLUSIÓN FINAL

NUEVAS MODALIDADES CONTRACTUALES EN MATERIA EDIFICATORIA

El ordenamiento jurídico contiene herramientas que ayudan a dotar de **cierta existencia a los inmuebles futuros**, tomando como eje principal la interpretación sociológica del art. 3.1 CC. El Derecho debe intervenir para dotar de seguridad jurídica y coherencia a estos negocios jurídicos velando por el mantenimiento del elemental equilibrio contractual para las partes contratantes. Estas manifestaciones del cambio sociológico experimentado se traducen, además, en una nueva concepción del derecho de propiedad, debiendo tomarse como referencia su **perspectiva tridimensional y su fraccionamiento en subsuelo, suelo y vuelo**. La intervención del urbanismo en el desenvolvimiento del sector de la edificación admite que sean objeto de negocios jurídicos incluso los **aprovechamientos urbanísticos**, categoría que, aun considerándose como un derecho real, resulta en la práctica todavía más etérea que la ideal representación de un piso o local futuro que deriva de la interpretación de un proyecto arquitectónico.

El aspecto realmente remarcable de la conclusión final obtenida con la elaboración del presente trabajo, consistente en la **admisión de los efectos jurídico-reales de la escritura pública de permuta**, es el hecho de consolidar jurídicamente la misma a través de una «**suma de ficciones**». El paulatino proceso de **espiritualización de la *traditio*** fue el primer e ingenioso paso para que la doctrina científica se cuestionara si la ficción jurídica en que consiste la tradición instrumental del art. 1462.2 CC pudiera operar cuando el objeto es futuro.

Ficción jurídica es igualmente considerar que **el cesionario posee mediatamente los departamentos a construir y que transmite parte de los mismos al cedente al otorgarse la escritura pública de permuta, imputando a cada uno de los pisos o locales a construir la cuota correspondiente del solar** sobre el que se erigirá el futuro edificio. Téngase en cuenta que el cesionario como promotor-constructor inmobiliario opera en el tráfico mercantil bajo una forma societaria, es decir, bajo la ficción que supone la persona jurídica.

Ficción jurídica es, asimismo, **equiparar una obra «comenzada» con una obra «meramente proyectada»**, accediendo al Registro de la Propiedad el edificio a construir cuando existe un proyecto arquitectónico aprobado por la Administración competente.

Igualmente es ficción jurídica **conceder existencia al piso o local a través de la existencia registral** que proporciona la división horizontal del edificio y su subdivisión en unidades jurídicas independientes objeto de tráfico jurídico, las cuales, pueden ser incluso embargadas con anterioridad a su existencia material o gravadas con un derecho real de hipoteca.

Y, si ficción es todo lo anterior, lo que es real y palpable es que el Derecho se erige, una vez más, como la única herramienta eficaz para solventar situaciones conflictivas y de desequilibrio como demuestra la teoría que concede **eficacia jurídico-real a la escritura pública de permuta de solar por obra futura**.

BIBLIOGRAFIA

ACEDO PÉREZ, Jesús

“Derechos reales innominados”, en *RCDI*, nº 374-375, julio-agosto 1959.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel

— *Compendio de Derecho Civil*, 12ª edición, Edisofer, Madrid, 2003.

— “¿Inadmisibilidad legal del derecho de elevación del art. 16.2º del Reglamento Hipotecario? Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 1999”, en *Revista de Derecho Privado*, mayo, 2000.

— “Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente”, en *ADC*, 1997, fascículo II.

— *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Vol. I, *Introducción y Derecho de la persona*, Duodécima edición, Bosch, Barcelona, 1991.

— *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Vol. II, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, 7ª edición, Bosch, Barcelona, 1991.

— *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1989.

— *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel

“El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 130/2006 (BIB 2006\680).

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz y Juan Cruz ALLI TURRILLAS

Estudio sistemático del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Dykinson, Madrid, 2008.

ALONSO CASADO, José

“Permuta (solar por piso futuro)” en *Trabajos y Notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad de España (Años 1986-2001)*, Tomo II, recopilados y ordenados por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2002.

ALONSO PÉREZ, Mariano

“Reflexiones sobre el acuerdo real abstracto alemán (einigungsprinzip o abstraktionenprinzip)”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Coordinador: Francisco Gómez Gállico, Vol. I, Aranzadi, Pamplona, 2008.

ALONSO PÉREZ, M^a Teresa

- “Las cantidades anticipadas a cuenta del precio en la compraventa de vivienda por construir”, en *RGLJ*, enero-marzo, 2010.
- “La contraprestación o precio en el derecho de superficie”, en *RCDI*, nº 712, marzo-abril 2009.
- “Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista”, en *RCDI*, nº 680, noviembre-diciembre, 2003.
- “Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación”, en *RCDI*, nº 665, mayo-junio 2001.
- *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.

ALTARRIBA SIVILLA, Carlos

“Los principios hipotecarios y la Propiedad Horizontal”, en *RCDI*, enero-febrero 1975.

ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa

“La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1, 1995 (BIB 1995/9).

ÁLVAREZ MORENO, M^a Teresa y Germán ORÓN MORATAL

“El contrato de permuta” en *Contratos*, Director: Mariano Izquierdo Tolsada, Tomo II, *Contratos de finalidad traslativa (II)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino

El problema de la causa en la tradición, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945.

AMENGUAL PONS, Pedro José

“El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria”, en *RCDI*, mayo-junio 1979.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel

— “La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios”, en *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

— “El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles”, en *RCDI*, nº 488, enero-febrero 1972.

— “La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe”, en *ADC*, 1972, fascículo I.

— “Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario”, en *ADC*, 1962, fascículo II.

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de

— “Lealtad en el período precontractual”, en *ADC*, 2010, fascículo II.

— “Servidumbre negativa y obligación de no hacer”, en *RCDI*, nº 514, mayo-junio 1976.

— *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1975.

— “Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código Civil”, en *RCDI*, nº 487, noviembre-diciembre 1971.

— *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Tecnos, Madrid, 1969.

ARCO TORRES, Miguel Ángel del y Manuel PONS GONZÁLEZ

— *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales. Adaptación a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 5ª edición, Comares, Granada, 2002.

— *Régimen jurídico de las servidumbres (Doctrina científica y jurisprudencial. Legislación. Formularios)*, Comares, Granada, 1989.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis

- “El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento (Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)”, en *RCDI*, nº 664, marzo-abril 2001.
- *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1999.

ARNÁIZ EGUREN, Rafael

- *Terreno y Edificación, Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- “La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación del alcance de la ejecución respecto de titulares registrales posteriores a ella”, en *RCDI*, nº 666, julio-agosto 2001.
- “Urbanismo y propiedad horizontal: el derecho de superficie, la permuta de suelo por edificación futura, el derecho de suelo urbano y la inscripción de plazas de aparcamiento y trasteros. 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*”, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- “El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro”, en *RCDI*, nº 645, marzo-abril 1998.
- *Registro de la propiedad y urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- “El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia (Puntualización necesaria a un trabajo de Francisco Núñez Lagos)”, en *RCDI*, nº 621, marzo-abril 1994.
- “Algunas consideraciones en torno al derecho de propiedad inmobiliaria”, en *RCDI*, nº 560, enero-febrero 1984.

ARNAU MOYA, Federico

- “La transmisión de la propiedad en el contrato de cesión de solar por obra futura”, en *AC*, nº 1, 2009.
- “Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra futura”, en *RDP*, nº 22/2009 (BIB 2009\80).

ARRIETA SEVILLA, Luis Javier

- “La transformación del Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, nº 718, enero-febrero 2010.

ARRUÑADA SÁNCHEZ, Benito

La contratación de derechos de propiedad: Un análisis económico, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2004.

BADOSA COLL, Ferrán y Pedro DEL POZO CARRASCOSA

“La cesió de finca o de edificabilitat a canvi de construcció futura”, en *Revista Catalana de Dret Privat*, 2003, vol. 1.

BALLESTEROS ALONSO, Manuel

“Derecho de vuelo”, en *RCDI*, nº 612, septiembre-octubre 1992.

BATALLA GONZÁLEZ, Manuel

“La ley sobre propiedad horizontal y el registro”, en *RCDI*, mayo-junio 1961.

BATISTA MONTERO-RÍOS, José

— “Comunidad para edificar”, en *Revista de Derecho Privado*, 1969.

— “Las servidumbres a favor de edificación futura y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir”, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVI, marzo 1962.

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel

— *La propiedad de casas por pisos*, 5ª edición, Marfil, Valencia, 1967.

— “Las casas divididas por pisos y el registro de la propiedad”, en *RCDI*, nº 394 y 395, marzo-abril 1961.

— “Consideraciones sobre la nueva ley de propiedad por pisos”, en *RGLJ*, nº 209, 1960.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo

“La tradición como modo de adquirir la propiedad”, en *Revista de Derecho Privado*, febrero 1967.

BENAVIDES DEL REY, José Luis

“El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos”, en *RCDI*, nº 610, mayo-junio 1992.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán

Tradición instrumental y posesión, Aranzadi, Pamplona, 1999.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán y Fernando PEÑA LÓPEZ

Comentarios al Código Civil, Coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo

— “Caos legislativo en materia registral”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 20/2001, 2001 (BIB 2002\22).

— “Contrato de Obra: responsabilidad por vicios de la construcción, responsabilidad del promotor, culpabilidad in eligendo, cuestión de hecho (Comentario a la STS de 29 de junio de 1987)”, en *CCJC*, nº 14, 1987.

— “La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Coordinadores: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1987.

— *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Moneda y Crédito, Madrid, 1971.

BERMÚDEZ PRIETO, Joan M.

“El solar ¿Permuto o compro?”, en *Revista Inmueble*, nº 41, mayo 2004.

BERNARD MAINAR, Rafael

“A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, en *RCDI*, nº 720, agosto, 2010.

BETTI, Emilio

Teoría general de las obligaciones, traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

BIANCA, C. Massimo

“La vendita e la permuta”, en *Trattato di Diritto civile italiano*, Vol. VII, Tomo 1, 2ª edizione, Torino, UTET, 1993.

BIONDI, Biondo

Los bienes, traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada con anotaciones sobre el Derecho español por Antonio De la Esperanza Martínez-Radio, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2003.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula

“Comentario a la STS de 5 de julio de 1989”, en *CCJC*, nº 21, 1989.

BONET CORREA, José

“La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir”, en *RDN*, julio-diciembre 1961.

BORRELL Y SOLER, Antonio M.

El contrato de compraventa según el Código Civil español, Bosch, Barcelona, 1952.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve

“Cesión de solar a cambio de construcción futura. Posposición de condición resolutoria explícita a hipoteca. Extensión objetiva de la hipoteca. Congruencia”, en *CCJC*, nº 66, octubre-diciembre 2004.

BRANCA, Giuseppe

Istituzioni di Diritto Privato, Bologna, 1969, pág. 208.

BUSTO LAGO, José Manuel

Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: Configuración jurídica de las garantías «a primer requerimiento» y autónomas, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio

— “La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *ADC*, 2000, fascículo II.

— “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 6, mayo-agosto 1995.

- “La configuración jurisprudencial del promotor como garante”, en *ADC*, 1990, fascículo II.
- “La responsabilidad del promotor que vende pisos o locales defectuosamente”, en *ADC*, 1982, fascículo III.
- “Comentario a la STS de 3 de octubre de 1979”, en *ADC*, 1980, fascículo I.
- “La recepción de la obra”, en *ADC*, 1978, fascículo II.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M^a

- “Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores”, en *RCDI*, n^o 620, enero-febrero 1994.
- “Protección inmobiliaria y Comunidad Europea”, en *RCDI*, n^o 621, marzo-abril 1994.

CABELLO MARTÍNEZ, Gabriel

“La potestad de planeamiento: la concreción del derecho de propiedad urbana por los municipios”, en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n^o 22, año 2010-2.

CADARSO PALAU, Juan

La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores, Montecorvo, Madrid, 1976.

CALONGE MATELLANES, Alfredo

- *La compraventa civil de cosa futura (Desde Roma a la doctrina europea actual)*, Talleres Gráficos Imprenta Núñez, Salamanca, 1963.
- “La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana”, en *ADC*, 1963, fascículo IV.

CALVO SAN JOSÉ, M^a José

La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000.

CALVO VÉRGEZ, Juan

“La tributación de las permutas inmobiliarias en el IVA. Especial referencia al cambio de criterio operado por la administración tributaria tras los pronunciamientos de la

comisión europea”, en *Revista Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 15/201116/2011. (BIB 2011, 1228).

CÁMARA ÁGUILA, M^a del Pilar

- “Derecho de superficie urbano: breves consideraciones acerca de la reforma del art. 16 del RH por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre”, en *RCDI*, nº 649, noviembre-diciembre 1998.
- “El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual”, en *RCDI*, nº 648, septiembre-octubre 1998.

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la

- “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana (Ponencia de la Delegación Española en la III Comisión del X Congreso Internacional del Notariado Latino)”, con la colaboración de Emilio Garrido Cerdá y Antonio Soto Bisquert, en *RDN*, abril-junio 1969.
- *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973.
- *Estudios de derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura

- *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. IV, 3^a edición, Aranzadi, Pamplona, 1983.
- *Las tercerías en el orden inmobiliario*, 2^a edición, Aranzadi, Pamplona, 1992.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio

- *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro*, Bosch, Barcelona, 2006.
- *La reserva de dominio o la acción publiciana*, Bosch, Barcelona, 2001.

CAPÓ BONNAFOUS, Eduardo

- “Apuntes sobre la anotación preventiva en el derecho hipotecario español”, en *RCDI*, nº 99, marzo 1933.

CARAL PONS, Mercedes

“Lo que dicen los jueces. Permuta de edificación futura. Resolución de la misma. Vuelta al status quo anterior”, en *Revista Inmueble*, nº 33, marzo-abril 2003.

CARRASCO PERERA, Ángel y otros

Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2015.

CARRASCO PERERA, Ángel y otros

Derecho de la Construcción y la Vivienda, 7ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2012.

CARRASCO PERERA, Ángel

— *Relaciones civiles con contenido urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

— “Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996”, en *CCJC*, 1997, vol. 1.

— “Comentario de la STS de 9 de marzo de 1994”, en *CCJC*, abril-agosto 1994.

— «*Ius aedificandi*» y *accesión*. (*La construcción en terreno ajeno en el marco de los principios urbanísticos*), Montecorvo, Madrid, 1986.

CASAS VALLÈS, Ramón

“La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre su naturaleza jurídica a la vista de algunas Sentencias del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, Año LXXXV, nº 3, 1986.

CASTÁN TOBEÑAS, José

Derecho Civil español, común y foral, Tomo II: Derecho de cosas. Volumen 1: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión, 14ª edición revisada por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1992.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen

“Protección registral del tercer adquirente inscrito (art. 34 LH) y criterio de preferencia adquisitiva en los conflictos de adquisiciones inmobiliarias (art. 1473, párr. 2º del C.C.): A propósito de la STS de 5 de marzo de 2007”, en *Lunes cuatro treinta*, nº 450, agosto 2008.

CASTRO Y BRAVO, Federico de

- *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- “El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática”, en *ADC*, 1976, fascículo IV.
- “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley”, en *ADC*, 1977, fascículo IV.

CASTRO VITORES, Germán de

La obligación real en el Derecho de Bienes, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo

“*Superficies solo cedit*: un principio (natural) en crisis (económica)”, en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Coordinadores: Francisco de Paula Blasco Gascó y otros, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CHICO Y ORTIZ, José M^a

- “Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996”, en *RCDI*, nº 638, enero-febrero 1997.
- “La insegura seguridad del tráfico inmobiliario”, en *RCDI*, nº 599, junio-julio 1990.
- “El principio de autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, nº 572, enero-febrero 1986.
- “Tres momentos de la Legislación Hipotecaria Española”, en *RCDI*, nº 542, enero-febrero 1981.
- “La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad”, en *Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1978.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto

“Comentario a la STS de 24 de octubre de 1983”, en *CCJC*, nº 21, 1989.

CLEMENTE MEORO, Mario Enrique y Juan José NIETO MONTERO

“El contrato de compraventa” en *Contratos*, Director: Mariano Izquierdo Tolsada, Tomo I, *Contratos de finalidad traslativa del dominio (I)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

CLEMENTE MEORO, Mario Enrique

— “Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario”, en *RCDI*, septiembre-octubre 2002.

— *El acreedor de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

COLIN, Ambroise y Henry CAPITANT

Curso elemental de Derecho Civil, Tomo II, Vol. 2º, Reus, Madrid, 1923.

CORDERO LOBATO, Encarna

Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

CORDÓN MORENO, Faustino

“Cuestiones sobre la tercería de dominio”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. II, 1993 (BIB 1993\36).

CORRAL DUEÑAS, Francisco

“La aportación registral al urbanismo”, en *RCDI*, nº 627, marzo-abril 1995.

CORRAL GIJÓN, José M^a

“La publicidad registral y el urbanismo”, en *RCDI*, nº 606, septiembre-octubre 1991.

CORVO LÓPEZ, Felisa M^a

— “Los derechos de sobreedificación y subedificación como alternativa al cambio de solar por edificación futura”, en *Revista Aranzadi Civil*, nº 11/2011 (BIB 2010\2414).

— “Subedificación ante las exigencias del principio de especialidad”, en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Coordinadores: Francisco de Paula Blasco Gascó y otros, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

— *El derecho de sobreedificación y subedificación, y su integración en el régimen de propiedad horizontal*, Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de España, Madrid, 2010.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de

- “Los riesgos en la compraventa civil y mercantil”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 326, mayo 1944.
- “La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas”, en *ADC*, 1953, fascículo III.

COTTINO, Gastone

Del riporto. Della permuta. Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, Roma, 1966.

Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo, Centro de Estudios Registrales, nº 29, enero-marzo 2011.

CUENA CASAS, Matilde

Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales, Bosch, Barcelona, 1996.

DAGOT, Michel

La cession de terrain moyennant remise de locaux à construire, Paris, LITEC, 1976.

DÍAZ BARCO, Fernando

Manual de Derecho de la Construcción, 2ª edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio

“Saneamiento por Gravámenes Ocultos (Análisis del artículo 1483 del Código civil)”, en *ADC*, fascículo I, 1993.

DÍAZ FRAILE, Juan M^a

- “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario”, en *RCDI*, nº 665, mayo-junio 2001.
- “El crédito refaccionario en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998: Estudio especial a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000 y de 31 de enero de 2001”, en *RCDI*, nº 673, septiembre-octubre 2002.

- “Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, nº 688, marzo-abril 2005.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana

- “Cesión de solar por obra futura y determinación del objeto”, en *Aranzadi Civil*, nº 2/2010, (BIB 2010\674).

DÍEGUEZ OLIVA, Rocío

- “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, en *RDP*, nº 22, 2009.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI. Derechos Reales*. Aranzadi, Pamplona, 2012.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, Thomson-Civitas, 5ª edición, Pamplona, 2008.
- “Propiedad y Constitución”, en *Propiedad y Derecho Civil*, Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- *Memoria de Pleitos*, Aranzadi (Thomson-Civitas), Pamplona, 2005.
- “Ley de Edificación y Código Civil”, en *ADC*, nº 53, enero 2000.
- “Los preámbulos de las leyes. En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas”, en *ADC*, 1992, fascículo II.
- “Contrato de cambio de solar por edificación y su eficacia jurídica”, en *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987.
- “La llamada prehorizontalidad y su proyección registral”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1978.
- “Autonomía privada y derechos reales”, en *RCDI*, nº 513, marzo-abril, 1976.
- “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, en *ADC*, 1969, fascículo II.
- “La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión”, en *RCDI*, nº 455, julio-agosto 1966.

- “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, en *ADC*, julio-septiembre 1966.
- “El contenido de la relación obligatoria”, en *ADC*, 1964, fascículo II.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS

Sistema de Derecho Civil, Vol II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1990.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio y José Ángel TORRES LANA

“El *ius aedificandi* y el principio de accesión”, en *RGLJ*, julio 1981.

ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M.

Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal, Coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 1999.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles

“La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio: situación de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 45, enero-junio 2008”.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a

“Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 12, 2010.

ELIZALDE Y AYMERICH, Pedro de y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ

“Información legislativa”, en *ADC*, 1998, fascículo IV.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel

— *Tercería de dominio y su relación con el sistema transmisivo*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

— *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2011.

- “Prehorizontalidad y transmisión del derecho de vuelo a cambio de edificación futura. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 263/2010 de 29 de abril (RJ 2010,4355), en *RDP*, nº 26, 2011 (BIB 2011\159).
- “La inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión de suelo a cambio de edificación futura. Comentario a la RDGRN 7 mayo 2009 (RJ 2009, 3004)”, en *RDP*, nº 24, 2010 (BIB 2010\177).
- “¿Es conforme al ordenamiento el art. 13 RH sobre cesión de suelo por obra futura?”, en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, Universitat de Valencia, 2009.
- “Registro y urbanismo: la protección de los adquirentes”, en *RCDI*, nº 665, mayo-junio 2001.
- *La entrega de suelo por obra futura*, artículo publicado en www.derechodelaedificacion.uma.es/observatorio/obVEstudios2.php., fecha de última consulta: 18 de septiembre de 2014.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego

- *Manual de Derecho civil español*, Tomo II, Derechos reales, 7ª edición, Edersa, Madrid, 1981.
- “Titularidad dominical y criterios para la fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Batlle Vázquez*, Edersa, Madrid, 1978.
- “La cláusula penal en las obligaciones contractuales”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1946.
- “La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1945.

ESPINAR LAFUENTE, Francisco

Sobre la distinción entre derechos reales y obligaciones, Reus, Madrid, 1962.

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús

- “El concurso del promotor y la ejecución de los avales y pólizas de seguro de los compradores”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 23/2011, Civitas, Madrid, 2011.

— “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada en la Ley 57/1968, de 27 de julio, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, en *RDP*, nº 23, 2009.

FAIRÉN MARTÍNEZ, Manuel

“Derechos reales y de crédito”, en *RDN*, enero-marzo 1959.

FALCÓN Y TELLA, Ramón

“De nuevo sobre la base imponible en las permutas inmobiliarias: dictamen motivado de la Comisión”, en *Revista Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 9/2008 (BIB 2008\602).

FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz

“Contrato de cesión de suelo por obra: objeto e incumplimiento por el concesionario. Estudio jurisprudencial”, en *Revista Práctica Urbanística*, nº 24, febrero 2004.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel y otros:

Derecho Procesal Práctico, Tomo V, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel

La tercería de dominio, Montecorvo, Madrid, 1980.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano

— *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1983.

— “¿Existen Propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?”, en *ADC*, enero-marzo 1978.

— *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Jurisprudencia)*, con la colaboración de Javier Cuevas Castaño, Edersa, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón

Manual de Derecho Urbanístico, 20ª edición, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo

“El derecho a la vivienda en el ordenamiento jurídico español. Especial referencia a los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, nº 22, año 2010-2.

FERRANDIZ GABRIEL, José Ramón

“La compraventa de cosa futura”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXI, Madrid, 1993.

FERRANDO NICOLAU, Esperanza

— “La permuta del suelo por construcción futura en el Derecho alemán”, en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Coordinador: Mario E. Clemente Meoro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

— “La cosa futura como objeto del derecho real”, en *Revista General de Derecho*, nº 676-677, enero-febrero 2001.

FIGUEIRAS DACAL, Manuel

“La disociación jurídica del dominio y el pluridominio”, en *RCDI*, nº 672, julio-agosto 2002.

FONCILLAS, José M^a

“El «jus ad rem» en el Derecho Civil moderno”, en *RCDI*, nº 102 a nº 110, junio 1933 – febrero 1934.

FOSAR BENLLOCH, Enrique

“Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie”, en *ADC*, 1958, fascículo III.

FRANCO PAZ, Fernando de

“La adquisición de la propiedad en relación con los pisos futuros”, en *Consultor Inmobiliario*, nº 40, noviembre 2003.

FUENTES LOJO, Juan V.

Suma de la propiedad por apartamentos, Tomo I, 3^a edición, con la colaboración de José Fuentes Lojo y Juan José y Alejandro Fuentes Lastres, Bosch, Barcelona, 1978.

FUENTES SANCHIZ, Narciso de

“El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas”, en *RCDI*, nº 499, noviembre-diciembre 1973.

FUERTES LÓPEZ, Mercedes

“Sorprendente impugnación de una reforma con claroscuros. (A propósito de las sentencias que anulan gran parte de la modificación del reglamento hipotecario)”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 5/2001 (BIB 2001\326).

GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César

— “La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción”, en *RCDI*, nº 501, marzo-abril 1974.

— “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, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985.

— “La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, en *RCDI*, nº 551, julio-agosto 1982.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo

“Piso futuro y viviendas acogidas”, en *RCDI*, nº 478, mayo-junio 1970.

GARCÍA CANTERO, Gabriel

— *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XIX, Edersa, Madrid, 1980.

— “Notas sobre la individualización de inmuebles”, en *ADC*, 1965, fascículo IV.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

“La Ley del suelo y el futuro del urbanismo”, en *ADC*, 1958, fascículo II.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel

- “Permuta de solar por piso futuro. Posibilidades de inscripción de los pisos en construcción (Resolución de 16 de mayo de 1996. BOE de 12 de junio de 1996)”, en *RCDI*, mayo-junio 1997.
- “La finca como base del sistema inmobiliario”, en *RCDI*, nº 625, noviembre-diciembre 1994.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús

Derecho Privado Romano, 5ª edición, Dykinson, Madrid, 1993.

GARCÍA GIL, F. Javier

Suma de la propiedad por pisos o locales, DAPP, Pamplona, 2006.

GARCÍA HERGUEDAS, M^a Purificación y Calixto GARCÍA ARANDA

“El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho. Estudio sobre un concepto unitario del tercero hipotecario (Continuación)”, en *RCDI*, nº 529, noviembre-diciembre 1978.

GARCÍA MÁS, Francisco Javier y José Alberto MARTÍN VIDAL

“Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, en *RCDI*, nº 664, marzo-abril 2001.

GARCÍA MÁS, Francisco Javier

“Urbanismo: Comentarios al RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)”, en *RCDI*, nº 645, marzo-abril 1998.

GARCÍA MEDINA, José

Hipoteca del aprovechamiento urbanístico, La Ley, Madrid, 2008.

GARCÍA NOVOA, César

“Permuta de solar por edificación en el IVA: la situación actual”, en *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, DOC nº 4/2011.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo

La posesión, Comares, Granada 2006.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio

“Forma y documentación del contrato” en *Tratado de Contratos*, Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Directoras: Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina, Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GATTI, Edmundo y Jorge ALTERINI

Prehorizontalidad y boleto de compraventa, La Ley, Buenos Aires, 1973.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente

“Comentario a la STS de 26 de abril de 1988”, en *CCJC*, nº 17, 1988.

GIANNATTASIO, Carlo

La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione. Trattato di Diritto civile e commerciale, A. Cicu y F. Messineo, Tomo XXIV, Giuffrè Editore, Milano, 1960.

GIMÉNEZ ROIG, Eusebio

— “Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria”, en *RCDI*, nº 537, marzo-abril 1980; 538, mayor-junio 1980 y 539, julio-agosto 1980.

— “Contrato de compraventa y tradición en el Código Civil español de 1889”, en *RCDI*, nº 594, septiembre-octubre 1989.

— “Venta por el propietario desposeído: ¿anotación (Resolución de 25 de enero de 1990) o inscripción (art. 1526,2 CC)?”, en *RCDI*, nº 600, septiembre-octubre 1990.

— “Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión”, en *RCDI*, nº 613, noviembre-diciembre 1992.

— “El vendedor desposeído y el artículo 1462.2 CC”, en *RCDI*, nº 677, mayo-junio 2003.

GIMENO BAYÓN COBOS, Rafael

El contrato de compraventa, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

GIMENO FELIÚ, José M^a

“El contrato público de permuta por obra futura y su problemática jurídica. ¿Contrato de permuta o precio de la obra?”, en *Revista Urbanismo y Edificación*, nº 15, 2007.

GINER GARGALLO, Antonio

“Reforma del Reglamento Hipotecario practicada por el R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre, Comentarios sobre su contenido”, artículo publicado en http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/199902-eaj35_01.html.

Fecha de última consulta: 5 de febrero de 2014.

GIORGIANI, Michele

“Los derechos reales”, en *RCDI*, nº 458, enero-febrero, 1967.

GÓMEZ CALLE, Esther

“La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal”, en *ADC*, 1992, fascículo IV.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier

— “Inscripción de condición resolutoria en garantía del precio aplazado”, en *RCDI*, nº 613, noviembre-diciembre 1992.

— “El principio de especialidad registral”, en *RCDI*, nº 625, noviembre-diciembre 1994.

— “Venta en la que no se transmite el dominio hasta el cumplimiento de la condición suspensiva del pago del precio”, en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, nº 50 bis.

GÓMEZ GÓMEZ, Manuel

“Inscripción y tradición”, en *RCDI*, nº 358-359, marzo-abril 1958.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro

La Ley Hipotecaria, Colección Conmemorativa de los 150 años de la primera Ley Hipotecaria, Tomo I, Edición facsimil, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen

- “Tercería de dominio. Propiedad de inmuebles en fase de construcción. *Traditio ficta*. Prehorizontalidad. Comentario a la STS de 14 de noviembre de 1997”, en *CCJC*, 1998.
- “Resolución de contrato de compraventa de inmuebles. Ámbito de aplicación de los artículos 1124 y 1504 del Código Civil. Requerimiento de resolución como requisito previo para la resolución del contrato de aportación de solar para obra futura”, en *CCJC*, 1995.

GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, Pablo Sócrates

Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo II, Directores: Pedro Prendes Carril y Alfonso Muñoz Paredes, Aranzadi, Pamplona, 2012.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo

- “Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical”, en *RCDI*, nº 1, enero 1925.
- “La teoría del título y el modo”, en *RCDI*, nº 2, febrero 1925.
- “Evolución y alcance de la división de los derechos en reales y personales”, en *RCDI*, nº 82, octubre 1931.
- “La tradición de fincas en el instrumento público”, en *RCDI*, nº 189, febrero 1944.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús

- *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000.
- “Los derechos reales administrativos”, en *RCDI*, nº 346-347, marzo-abril, 1957.

GONZÁLEZ TAUSZ, Rafael

- “La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley”, en *RCDI*, nº 717, enero-febrero 2010.
- “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *RCDI*, nº 661, septiembre-octubre 2000.

GUIMERÁ PERAZA, Marcos

- “El derecho de subsuelo (Aguas subterráneas)”, en *ADC*, 1961, fascículo I.

GULMINELLI, Ricardo L. y Eduardo Raimundo HOOFT

Prehorizontalidad: Ley 19,724, Sus Problemas: Afectación y Registro, Nulidad, Pacto Comisorio, Cláusulas Especiales, Venta Al Costo, Imprevisión, Depalma, Buenos Aires, 1983.

GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier

Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa, Reus, Madrid, 2009.

HECK, Philippe

“El negocio jurídico-real abstracto”, en *RCDI*, nº 450-451, noviembre-diciembre 1965.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a Dolores

— “La nueva Ley de Ordenación de la Edificación, 38/1999, de 5 de noviembre, y su incidencia en el artículo 1591 del Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, mayo 2001.

— “Permuta de parcela por pisos y locales a construir. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 21, 1996.

HERNÁNDEZ-GIL MANCHA, Manuel

“Por unas leyes mejores”, <http://notariosyregistradores.com/OPINION/2012-por-unas-leyes-mejores.htm>, fecha de última consulta: 21 de noviembre de 2014.

HERRADA ROMERO, Rafael Ignacio

“Comentario a la STS de 2 de febrero de 1994. Tercería de dominio: justificación por el tercerista del dominio sobre la cosa embargada; título y modo; innecesariedad de dicha justificación para alzar el embargo. Artículo 1227 del Código Civil: es oponible a terceros el contenido y no sólo la fecha del documento privado. Principio de legitimación registral: presunción iuris tantum; puede quedar desvirtuada por un pronunciamiento judicial. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria: no concurrencia de requisitos para que surja la figura del tercero hipotecario”, en *CCJC*, 1994.

IGLESIA MONJE, M^a Isabel de la

— “El nuevo derecho de superficie”, en *RCDI*, nº 712, marzo-abril 2009.

- “Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del derecho de elevación) (1)”, en *RCDI*, nº 659, mayo-junio 2000.
- “El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario”, en *RCDI*, nº 650, enero-febrero 1999.
- *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.
- “Duración del derecho de superficie urbano”, en *AC*, nº 2, 1996.

IGLESIAS CUBRIA, Manuel

Los derechos patrimoniales eventuales, Ojanguren, Oviedo, 1961.

JEREZ DELGADO, Carmen

Tradicón y Registro, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.

JIMÉNEZ CLAR, Antonio

“Permuta de solar a cambio de construcción”, en *Lunes cuatro treinta*, nº 251, 1^a quincena, febrero 1999.

JORDANO BAREA, Juan

“Los contratos atípicos”, en *RGLJ*, 1953-II.

JORDANO FRAGA, Francisco

“Prehorizontalidad y servidumbre de propietario”, en *RDN*, nº 113 y 114, julio-diciembre 1981.

JURISTO SÁNCHEZ, Rafael

- *La unión temporal de empresas contratistas de obras*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- *La ejecución del contrato de obra pública*, 1983.

KASER, Max

“Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho Romano y en la historia de la dogmática moderna”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XIII, 1957.

LACABA SÁNCHEZ, Fernando

“Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la ley. Consecuencias de la subsistencia del art. 1591 del CC”, en *La Ley*, 2000-1.

LACRUZ BERDEJO, José Luis

— “Inscripción y Tradición”, en *RCDI*, nº 344-345, enero-febrero 1957.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros

Elementos de Derechos Civil III. Derechos Reales. Vol. I. Posesión y propiedad, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2003.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA

Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral, Bosch, Barcelona, 1984 (reimpresión 1991).

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique

“Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1973.

LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli

— “La declaración de obra nueva tras la Ley 13/2015”, en *RCDI*, nº 751, septiembre-octubre 2015.

— “Segregación de volúmenes subterráneos”, en *RCDI*, nº 701, mayo-junio 2007.

— “El derecho del cedente de solar a cambio de obra futura”, en *RCDI*, nº 688, marzo-abril 2005.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel

Derecho Inmobiliario: problemática actual, Tomo I, Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos

- *Principios de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo 2, 19ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- *Principios de Derecho Civil. Contratos*, Tomo 3, 17ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- *Principios de Derecho Civil. Propiedad y derechos de goce*, Tomo 4, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- *Principios de Derecho Civil. Derechos reales y Derecho hipotecario*, Tomo 5, 8ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- *Compendio de derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- *Principios de Derecho Civil, Contratos*, Vol. III, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1999.
- “Una paupérrima reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Comentario de urgencia a la Ley 2/1988, de 23 de febrero”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación*, nº 2, 1988.
- “Comentario a la STS de 12 de mayo de 1983. Doble venta de inmueble y doble inmatriculación en el Registro. Documento auténtico. Edificación en suelo ajeno. Poseedor de buena fe. Tercero hipotecario e inexactitud registral”, en *CCJC*, 1983.
- “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la STS de 27 de enero de 1977)”, en *Revista de Derecho Privado*, enero 1980.
- “Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación; pluralismo de la propiedad privada”, en *RGLJ*, 1976-1.
- “La implacable eficacia del aval a primer requerimiento”, artículo publicado el día 19 de diciembre de 2014 en: <http://www.diariojuridico.com/la-implacable-eficacia-del-aval-primer-requerimiento/>. Fecha de última consulta: 14 de junio de 2015.

LASO MARTÍNEZ, José Luis y Vicente LASO BAEZA

El aprovechamiento urbanístico, Marcial Pons, Madrid, 1995.

LASO MARTÍNEZ, José Luis

- “De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios”, en *RCDI*, nº 619, noviembre-diciembre 1993.
- “Venta de terrenos afectados por vínculos de inedificabilidad”, en *RCDI*, nº 616, mayo-junio 1993.

- “La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990”, en *RCDI*, nº 601, noviembre-diciembre 1990.

LIVIAM GRAZIANA ROCCA, Magda M^a

- “Compraventa con efectos reales, compraventa con efectos obligatorios, compraventa por unidad y por medida en el Derecho civil italiano. Algunos aspectos a la luz de sus orígenes romanísticos”, en *RDUNED*, nº 3, 2008.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel

- “La venta de viviendas sobre plano: riesgos del comprados y tutela jurídica”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 236, septiembre 2007.
- “Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 219, julio 2005.
- “El contrato y el aprovechamiento urbanístico”, en *ADC*, 2007, Fascículo III.
- *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Montecorvo, Madrid, 1995.

LÓPEZ FRÍAS, Ana

- *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997.
- “La permuta de solar por pisos en el nuevo artículo 13 del Reglamento Hipotecario” en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. II, Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria

- “Tercería de dominio sobre inmuebles que se permutan a cambio de obra a construir. Comentario a la STS número 96 de 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1681)”, en *RDP*, nº 15/2005.

LOSCERTALES FUERTES, Daniel

- *Propiedad Horizontal. Legislación y Comentarios*, 10^a edición, Sepín, Madrid, 2013.
- *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, 7^a edición, Sepín, Madrid, 2005.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco

- “La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir”, en *RJN*, 1967.
- “Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en él se construyan”, en *Anales de la Universidad de Murcia, Derecho*, vol. XXI, nº 2, curso 1963.

LUQUE JIMÉNEZ, M^a Carmen

- “El control registral de la edificación”, en *RCDI*, nº 720, agosto, 2010.
- “Configuración registral del subsuelo disociado del suelo”, en *RCDI*, nº 712, marzo-abril 2009.

MACHADO CARPENTER, José

- “Servidumbre en beneficio de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir”, en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por Antonio De la Esperanza Martínez-Radio, Tomo I, Madrid, 1962.

MAGNIN, François

- “Vente d’immeuble à construire”, en *Jurisclasseur civil* (arts. 1601-1 a 1601-4), febrero 2002.

MALINVAUD, Philippe y Philippe JESTAZ

- *Droit de la promotion immobilière*, 6^a édition, Paris, Dalloz, 1995.

MANZANARES SECADES, Alberto

- “Tercería de dominio; tradición espiritual; título y modo; anotación preventiva de embargo y actos de enajenación anterior. Comentario a la STS de 20 de octubre de 1989”, en *CCJC*, 1989.

MARÍN PÉREZ, Pascual

- “El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título y el modo”, en *RCDI*, nº 246, noviembre 1948.

MARTÍ FERRER, Manuel

“La formación del precio del suelo”, en *RCDI*, nº 691, septiembre-octubre, 2005.

MARTÍN BLANCO, José

El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo, 2ª edición, Montecorvo, Madrid, 1968.

MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro

“El «ius ad rem»”, en *Revista de Derecho Privado*, enero 1988.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y otros

Curso de Derecho Civil, Vol. II, Derecho de Obligaciones, Coordinado por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Colex, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ GÁMEZ, José Pablo

“Cesión de solar por edificación futura. La “traditio” del solar y de los pisos y locales por construir”, artículo publicado en www.sepin.es/servicios_n/, referencia SP/DOCT/17055, artículo monográfico marzo 2013, fecha de última consulta: 9 de mayo de 2014.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel

Comentario de la reforma hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998), Consejo General del Notariado, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando y Achim PUETZ

“Los contratos pendientes durante el concurso: adquisición de viviendas en construcción y contrato de obra”, en *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma*, Director: Fernando Martínez Sanz; Coordinador: Achim Puetz, Tecnos, Madrid, 2012.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando

“Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes de ejecución (1)”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 13, 2010.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M^a

- “Problemas derivados de la adquisición de viviendas en construcción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1912)”, en *RDP*, 1999, n.º2.
- “Los principales sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo”, en *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliario en el Derecho europeo*, Directores: Javier Orduña Moreno y Fernando De la Fuente Alfaro. Coordinadora: Luz M^a Martínez Velencoso, Civitas, Madrid, 2009.
- *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Aranzandi, Pamplona, 2002.

MARTRA FONTANS, Eduardo

Venta de solares en la modalidad de permuta, Bosch, Barcelona, 1979.

MÁS ALCARAZ, Celestino

“La cláusula de reserva de dominio”, en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.

MATHEU DELGADO, José Arturo

Derechos de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y jurisprudencial, Dykinson, Madrid, 2011.

MEDICUS, Dieter

Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 1985, 2. Neubearbeitete Auflage.

MEDINA DE LEMUS, Manuel

- *Derecho de propiedad horizontal y multipropiedad*, Cálamo, Barcelona, 2001.
- “Retornos al título constitutivo de la propiedad horizontal”, en *RCDI*, n.º 657, enero-febrero 2000.

MELÓN INFANTE, Fernando

“El contrato de permuta en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1961.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.

“Derechos reales y titularidades reales”, en *RCDI*, nº 736, marzo-abril 2013.

Memento Inmobiliario 2007-2008, Francis Lefebvre, Madrid, 2007.

Memento Propiedad Horizontal 2012-2013, Francis Lefebvre, Madrid, 2012.

Memento Experto Derechos Reales, Francis Lefebvre, Madrid, 2013.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis

El contrato de permuta, Tecnos, Madrid, 1978.

MESSINEO, Francesco

Manuale del Diritto Civile e Commerciale, Vol. II, Milán, 1965.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis

“El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana”, en *RCDI*, nº 672, julio-agosto 2002.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a Dolores

— “Anotación preventiva de créditos refaccionarios”, en *RCDI*, nº 664, marzo-abril 2001.

— “El crédito refaccionario en la Ley Concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6/2005, Civitas, Madrid, 2005.

MIQUEL CALATAYUD, José Antonio

“Consideraciones sobre el pago traditivo”, en *RCDI*, nº 565, noviembre-diciembre 1984.

MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a

“El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, en *RDP*, nº 1, 1998.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis

“La tradición traslativa del dominio (el Código civil español y el sistema iberoamericano)”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 11/2004, noviembre-diciembre 2004.

MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal

“Derecho de propiedad y derecho a edificar”, en *RCDI*, nº 683, mayo-junio 2004.

MONDÉJAR PEÑA, M^a Isabel

“Eficacia frente al embargo de la «traditio ficta» basada en un contrato privado”, en *RDP*, nº 15/2005.

MONET Y ANTÓN, Fernando

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, Sucesor de Vives Mora, Valencia, 1967.

MONTÁNCHÉZ RAMOS, Manuel

Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis

“La propiedad horizontal como colectividad organizada”, en *ADC*, 1972, fascículo III.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1972.

MORATILLA GALÁN, Isabel:

— “Los frutos de la cosa pertenecen al acreedor desde que nace la obligación de entregar la misma”, en *RCDI*, nº 711, enero-febrero 2009.

— “Quien permuta busca el cambio directo de los objetos en juego mediando en el negocio unos intereses y motivaciones que quizá nada tengan que ver con el valor real o valor en venta de las cosas intercambiadas”, en *RCDI*, nº 701, mayo-junio 2007.

MOREIRA LAUREANO, Arturo

Contratos sobre departamentos en construcción: La comercialización por empresa. Los boletos de compraventa. El régimen prehorizontal, Ábaco, Buenos Aires, 1985.

MORENO FLÓREZ, Rosa M^a

“El *ius ad rem* y el artículo 1473 del Código Civil”, en *RCDI*, n^o 733, septiembre-octubre 2012.

MORENO MOCHOLI, Miguel

“¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?”, en *RCDI*, n^o 205, junio 1945.

MORENO QUESADA, Bernardo

“La categoría de los derechos patrimoniales”, en *RGLJ*, 1967-1.

MOREU BALLONGA, José Luis

“Transacción. Venta o aportación de solar o permuta de finca por pisos a construir. Tesoro oculto. Comentario a la STS de 22 de enero de 1990”, en *CCJC*, 1990.

MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los

— *El negocio jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1987.

— “Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas”, en *ADC*, 1980, fascículo I.

— “Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español”, en *ADC*, 1972, fascículo IV.

— *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974.

— “Acceso diferido a la propiedad de la vivienda”, en *RCDI*, n^o 473, julio-agosto 1969.

— “Algunos supuestos de aplicación del concepto de solar”, en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1963.

MOZOS Y TOUYA, Antonio M^a de los

“La anotación preventiva del derecho hereditario”, en *RCDI*, noviembre-diciembre, 1982.

MUÑOZ DE DIOS, Gerardo

- *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa Calpe, Madrid, 1987.
- “El fraude en la compraventa de viviendas y posibles soluciones preventivas”, en *Revista de Derecho Privado*, 1981.

NAVARRO CASTRO, Miguel

- *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1996.
- “Comentario de la STS de 18 de mayo de 1994”, en *CCJC*, septiembre-diciembre 1994.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro

Comunidad e indivisibilidad, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael

“Causa de la *traditio* y causa de la *obligatio*”, en *RCDI*, nº 396-397, mayo-junio 1961.

NÚÑEZ MUÑOZ, M^a Carmen

- “El distinto origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: aportaciones para una revisión crítica de las controversias jurisprudenciales y doctrinales planteadas ante esta dualidad”, en *RCDI*, nº 736, marzo-abril 2013.
- *La aportación de solar*, Montecorvo, Madrid, 2002.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier

Código Civil Comentado y con Jurisprudencia, 6^a edición, La Ley, Madrid, 2008.

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio

“La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes”, en *La ley de venta a plazos de bienes muebles*, dirigida por Ubaldo Nieto Carol, Consejo General de Corredores de Comercio y Consejo General del Poder Judicial, Lex Nova, Valladolid, 2000.

OLMO ALONSO, Jesús del

Aspectos jurídicos de la edificación, Montecorvo, Madrid, 2002.

ORTELLS RAMOS, Manuel

Proceso Civil Práctico, Tomo VII, Director: Vicente Gimeno Sendra, La Ley, Madrid, 2002.

PABLO CONTRERAS, Pedro de

“La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en *Derecho Privado Europeo*, Coordinador: Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003.

PARDO NÚÑEZ, Celestino

“La transmisión de la propiedad por el propietario no poseedor. Defensa del artículo 36 de la Ley Hipotecaria”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación*, 1996, nº 5.

PAU PEDRÓN, Antonio

“Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales”, en *RCDI*, nº 625, noviembre-diciembre 1994.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel

Derechos reales. Derecho hipotecario, 2ª edición, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.

PEÑA LÓPEZ, José M^a

Concepto del derecho real (Revisión crítica de su caracterización en la doctrina moderna), Tórculo Edicións, 2ª edición, Santiago de Compostela, 2009.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo Luis

“Análisis crítico del sistema español de numerus apertus en materia de derechos reales”, en *RCDI*, nº 751, septiembre-octubre 2015.

PÉREZ ÁLVAREZ, M^a Pilar

“La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, nº 14.

PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás

“Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza”, en *RCDI*, nº 586, mayo-junio 1988.

PÉREZ GURREA, Rosana

“La permuta de solar por edificación futura en la contratación inmobiliaria”, en *RCDI*, nº 737, mayo-junio 2013.

PERLINGIERI, Pietro

— *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Jovene, Napoli, 1996.

— *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, Jovene, Napoli, 1962.

PLANA ARNALDOS, M^a Carmen

— “Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura”, en *RCDI*, nº 674, noviembre-diciembre 2002.

— *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

— “Transmisión del dominio en contratos con objeto futuro: el modelo francés y la ley catalana de cesión de solar a cambio de construcción futura”, en *Bases de un Derecho contractual europeo*, Coordinadores: Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— “Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2003”, en *CCJC - Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 2009.

PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT

Traité pratique de Droit Civil français. Les biens, Tomo III, París, 1962.

PONS GONZÁLEZ, Manuel y Miguel Ángel DEL ARCO GUTIÉRREZ

Régimen jurídico de la propiedad horizontal, 9^a edición, Comares, Granada, 2007.

PONT MESTRES, Magín

“Un tema todavía discutible: el devengo del IVA en los contratos de permuta de solar por locales”, en *Revista Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 11/2005.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo

“El derecho de superficie”, en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Coordinadores: López y López, Ángel y Vicente Montés Penadés, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

PUIG BRUTAU, José

Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Vol. I, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1994.

PUNZANO ROMERO, Manuel

“Algunas cuestiones sobre el Reglamento Hipotecario: su incidencia tributaria. Al hilo de la STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083)”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 3/2002 (BIB 2002\639).

RAMÓN FERRANDIS, José

“La propiedad de los bienes inmateriales”, en *Propiedad y Derecho Civil*, Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis

“El título en la tercería de dominio”, en *Aranzadi Civil-Mercantil, vol. II*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

REINA TARTIÈRE, Gabriel de la

— “Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría”, en *RCDI*, nº 714, julio-agosto 2009.

— “Sobre el análisis económico en materia de derechos reales: apreciaciones básicas desde el sistema argentino”, en *RCDI*, nº 721, septiembre, 2010.

REZA, Alfredo

“La tradición contemplada a través del Código Civil”, en *RCDI*, nº 307, diciembre 1953.

RICA Y ARENAL, Ramón de la

“La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo IV, 1946.

RICA Y MARITORENA, Ramón de la

“La anotación preventiva en general”, en *RCDI*, nº 519, marzo-abril 1977.

RICO MORALES, Nicolás

— “La prehorizontalidad”, en *Lunes cuatro treinta*, nº 219, 2ª quincena, septiembre 1997.

— “Sobre la reforma del Reglamento Hipotecario”, en *Lunes cuatro treinta*, nº 248, 2ª quincena, diciembre 1998.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel

La posición del comprador en la venta con reserva de dominio, Tiranch lo Blanch, Valencia, 1993.

ROCA SASTRE, Ramón M^a

“Ensayo sobre el derecho de superficie”, en *RCDI*, nº 392-393, enero-febrero 1961.

ROCA SASTRE, Ramón M^a y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL

Derecho Hipotecario, Tomo I, 7ª edición, Bosch, Barcelona, 1979.

ROCA SASTRE, Ramón M^a y otros

— *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 2008.

— *Derecho Hipotecario*, Tomo V, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 2008.

ROCCA, Ival y otros

Prehorizontalidad: Ley 19.724: explicada y comentada, Biblioteca internacional de asuntos socio-jurídicos, Buenos Aires, 1972.

RODRÍGUEZ DE ALMEDIA, M^a Goñi

— “Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un numerus apertus en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad”, en *RCDI*, nº 693, enero-febrero 2006.

— “La especialidad de los derechos reales como requisito civil y registral y su extensión a todas las situaciones jurídicas inscribibles”, en *RCDI*, nº 699, enero-febrero 2007.

- “El subsuelo como finca registral independiente”, en *RCDI*, nº 702, julio-agosto 2007.
- “La tradición instrumental como peculiar forma de tradición”, en *RCDI*, nº 706, marzo-abril 2008.
- “Dos cuestiones sobre la anotación preventiva de embargo: su naturaleza declarativa y su relación con el principio de prioridad registral”, en *RCDI*, nº 715, septiembre-octubre 2009.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos-Javier

La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma Mª

- “Tercería sobre vivienda en construcción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1998 (RJ 1998, 5548)”, en *RDP*, nº 2, 1999.
- “Conflicto entre el permutante de varias fincas y un acreedor hipotecario. Comentario a la STS de 28 de febrero de 2006 (RJ 2006, 696)”, en *RDP*, nº 18/2007 (BIB 2007\18).
- “Indemnización del daño moral en la contratación inmobiliaria”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia), nº 30, 2008.

RODRÍGUEZ OTERO, Lino

Cuestiones de Derecho Inmobiliario, Dijusa, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno

- “Dos siglos de evolución del sistema abstracto alemán de transmisión abstracta”, en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Coordinadores: Francisco de Paula Blasco Gascó y otros, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- “*Ius ad rem* y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código Civil”, en *ADC*, 2009, fascículo IV.

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel

“Sobre la cláusula penal en el Código Civil”, en *ADC*, 1993, fascículo II.

ROGEL VIDE, Carlos

- *Derecho de Cosas (Manuales Básicos)*, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2002.
- “Comentario a la STS de 30 de octubre de 1989”, en *CCJC*, nº 21, 1989.
- *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1975.

ROMÁN GARCÍA, Antonio

La tipicidad en los derechos reales: autonomía privada en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídico-reales. Sistema de “numerus apertus”; sistema de “numerus clausus”, Montecorvo, Madrid, 1994.

ROSA DÍAZ, Pelayo de la

La permuta. Desde Roma al Derecho español actual, Montecorvo, Madrid, 1976.

ROVIRA JAÉN, Francisco Javier

- “La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, nº 463, noviembre-diciembre 1967.
- “La compraventa de cosa futura”, en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Vol. II, Madrid, 1965.

RUBINO, Domenico

“La compravendita”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Directores: Antonio Cicu y Francesco Mesineo, Giuffrè, Milano, 1971.

RUBIO TORRANO, Enrique

“La reforma de 1998 del Reglamento Hipotecario: suma y sigue”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11/2001.

RUBIO GARRIDO, Tomás

- “Doble venta, venta de cosa ajena, el principio del título y el modo y las adquisiciones «a non domino». Buena fe «ex» art. 1473 CC”, en *ADC*, 1994, fascículo III.

— *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1993.

RUDA GONZÁLEZ, Albert

— “El contrato de cesión de suelo por obra tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001”, en *La Ley*, tomo 6, 2001.

— *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

— “Comentario de la STS de 13 de diciembre de 2001”, en *CCJC*, enero-marzo 2003.

— “Tradicón condicional. Reflexiones sobre la supuesta necesidad de transplantar reglas jurídicas extranjeras en materia de transmisión de la propiedad de cosas futuras”, en *Bases de un Derecho contractual europeo*, Coordinadores: Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— *La transmisión de la propiedad según la Ley 23/2001, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura*, Working Paper de Dret Català núm.: 9, Barcelona, enero de 2004, www.indret.com, fecha de última consulta 15 de febrero de 2015.

RUIZ-RICO, José Antonio

Trabajos y notas de colaboración del Colegio de Registradores de España, años 1986-2001, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, vol. 3.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y Belén CASADO CASADO

“Aspectos civiles de la nueva Ley del Suelo”, en *RCDI*, nº 703, septiembre-octubre 2007.

SALAS CARCELLER, Antonio

“El objeto del proceso sobre tercería de dominio. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2005”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* nº 1/2006, (BIB 2006\122).

SALIS, Lino

— “Permuta di area edificabile con appartamenti da costruire e fallimento dell'appaltatore”, en *Rivista giuridica edilizia*, 1964.

— *La compra-vendita di cosa futura*, Padova, 1935.

SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa

La recepción en el contrato de obra, CISS, Valencia, 2001.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael

“La adquisición por ley de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes”, en *Aranzadi Civil-Mercantil* nº 19/2000, (BIB 2000\1798).

SÁNCHEZ GARCÍA, Roberto

“Financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de viviendas y locales a la luz de la actual legislación urbanística”, en *RCDI*, nº 621, marzo-abril 1994.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen

“Breves reflexiones sobre las adquisiciones a *non domino* de inmuebles en el Ordenamiento alemán”, en *ADC*, 2001, fascículo IV.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Roberto

“El concepto del Derecho real y el usufructo”, en *RCDI*, nº 65, mayo, 1930.

SANTOS DíEZ, Ricardo y Julio CASTELAO RODRÍGUEZ

Derecho Urbanístico, Manual para Juristas y Técnicos, 5ª edición, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2002.

SANZ FERNÁNDEZ, Ángel

— *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo I, Reus, Madrid, 1947.

— “Edificación en suelo ajeno: sus problemas”, en *Curso de Conferencias del Ilustre Colegio Notarial de Valencia*, Valencia, 1947.

SAVATIER, René: “La propiedad del espacio”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 1, 1967.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis

“Contrato atípico de aportación de solar por edificación futura”, en *ADC*, nº 2, 2006.

SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia

- *Cambio de solar por edificación futura*, 4ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- *La Jurisprudencia en el contrato de cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- “El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario”, en *RCDI*, nº 642, septiembre-octubre 1997.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo

El contrato de cambio de solar por edificación futura (Doctrina, Jurisprudencia y Legislación), Edisofer, Madrid, 2004.

SERRANO SERRANO, Ignacio

“Iusta causa traditionis”, en *RCDI*, nº 115 a nº 125, julio 1934 a mayo 1935.

SERRANO SUÑER, Ramón

“Significado de la locución «ius ad rem»”, en *RCDI*, nº 28, abril, 1927.

SERVAT ADUÁ, José

“Derechos reales y pactos de trascendencia real”, en *RCDI*, nº 247, diciembre, 1948.

SILLERO CROVETTO Blanca y M^a José GARCÍA ALGUACIL

“El contrato de cesión de solar a cambio de obra a construir y el principio *iura novit curia*”, en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Vol. I, Universidad de Valencia, 1996.

SILLERO CROVETTO, Blanca

- “Protección al consumidor en la contratación inmobiliaria. Derecho a la información, transparencia y equilibrio contractual”, en *Abogacía*, nº 0, 2008.
- “La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas”, en *Consultor Inmobiliario*, nº 36, junio 2003.

SIMÓN MORENO, Héctor

El proceso de armonización de los derechos reales en Europa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SOLER PASCUAL, Luis Antonio

“Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I., nº 3, enero 2008.

SORIA MARTÍNEZ, Gabriel

- “La inscripción separada del suelo y del subsuelo y la nueva regulación de la Ley 8/2007, de suelo estatal, y su Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-Ley 2/2008: Comentarios a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el artículo 17 de las citadas Leyes”, en *RCDI*, nº 709, septiembre-octubre 2008.
- “La inscripción de la opción de compra del aprovechamiento urbanístico sobre fincas pendientes de reparcelación”, en *RCDI*, nº 694, marzo-abril 2006.

SOTO BISQUERT, Antonio

“El derecho de vuelo”, en *RCDI*, nº 485, julio-agosto 1971.

TORRES LANA, José Ángel

- *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Eunsa, Navarra, 1975.
- “Las características del volumen de edificabilidad”, en *ADC*, 1974, fascículo IV.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina

en BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán y Fernando PEÑA LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2009.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan

- “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, Montecorvo, Madrid, 1973.
- “Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral”, en *RCDI*, 392-393, febrero 1961.

VARELA GIL, Carlos

“La adquisición de la propiedad: la *traditio* romana como fundamento de los sistemas de adquisición del dominio”, en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Coordinadores: Francisco de Paula Blasco Gascó y otros, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos

“Propiedad privada y régimen del suelo”, en *RCDI*, nº 613, noviembre-diciembre 1992.

VÁZQUEZ-BOTE, Eduardo

“Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del derecho. Exigencia de una nueva normativa jurídica”, en *RCDI*, nº 573, marzo-abril 1986.

VENTURA-TRAVERSEZ GONZALEZ, Antonio

— *Derecho de propiedad horizontal*, Bosch, Barcelona, 1980.

— *Derecho de la edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal (Estudio sobre la legislación vigente)*, Bosch, Barcelona, 1963.

VERDERA SERVER, Rafael

“Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial”, en *RDP*, nº 25, año 2010-2 (BIB 2010\1601).

VILLACAÑAS GONZÁLEZ, Pedro

“La propiedad en sentido vertical”, en *RCDI*, nº 302-303, julio-agosto 1953.

VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso

Derecho de la Edificación, Coordinador Román García Varela, Bosch, Barcelona, 2008.

VILLARES PICÓ, Manuel

— “La posesión y el Registro”, en *RCDI*, nº 230-231, julio-agosto 1947.

— “La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero”, en *RCDI*, nº 252, mayo 1949.

— “Anotaciones preventivas”, en *RCDI*, nº 464, enero-febrero 1968.

WEBER PONCE DE LEÓN, Federico

“La venta de cosa futura”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, nº 5, julio 1973.

WEIRICH, Hans-Armin

Grundstücksrecht, München, 1985.

WESTERMANN, Harm Peter

Sachenrecht. Grundlagen und Recht der beweglichen Sachen, Heidelberg, 1990, Band I, 6. Auflage von Westermann, Harm Peter, Karl-Heinz Gursky und Winfried Pinger, pág. 30 y Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlin/New York, 1993.

ZURILLA CARIÑANA, M^a Ángeles

La garantía real y la propiedad horizontal, Tecnos, Madrid, 1995.

ZURITA MARTÍN, Isabel

— “El contrato de aportación de solar”, en *CCGPJ*, nº 51, Madrid, 1995.

— “Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección” en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. III, Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000.

— “El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *RDP*, nº 6, 2001.

— “Reflexiones en torno a la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura”, en *RJN*, nº 44, octubre-diciembre 2002.

III CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, en *RCDI*, nº 524, enero-febrero 1978.

APÉNDICE DOCUMENTAL

SENTENCIAS CONSULTADAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CIVIL

1956

STS de 23 de diciembre de 1956 (RJ 1957, 105).

1964

STS de 29 de enero de 1964 (RJ 1964, 391).

1974

STS de 11 de octubre de 1974 (RJ 1974, 3798).

1979

STS de 30 de noviembre de 1979 (RJ 1979, 3941).

1980

STS de 22 de febrero de 1980 (RJ 1980, 425).

STS de 3 de marzo de 1980 (RJ 1980, 841).

STS de 31 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1233).

STS de 22 de abril de 1980 (RJ 1980, 1528).

STS de 24 de mayo de 1980 (RJ 1980, 1963).

1981

STS de 9 de marzo de 1981 (RJ 1981, 904).

STS de 20 de abril de 1981 (RJ 1981, 1658).

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

1982

STS de 8 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2559).

STS de 6 de julio de 1982 (RJ 1982, 4217).

1983

STS de 3 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1417).

STS de 25 de abril de 1983 (RJ 1983, 2125).

STS de 8 de julio de 1983 (RJ 1983, 4122).

STS de 24 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5340).

STS de 23 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6998).

1984

STS de 26 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1434).

STS de 27 de abril de 1984 (RJ 1984, 1973).

STS de 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243).

STS de 2 de julio de 1984 (RJ 1984, 3788).

STS de 29 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5077).

STS de 30 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5691).

STS de 17 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6286).

1985

STS de 7 de febrero de 1985 (RJ 1985, 538).
STS de 13 de febrero de 1985 (RJ 1985, 549).
STS de 15 de febrero de 1985 (RJ 1985, 560).
STS de 15 de febrero de 1985 (RJ 1985, 812).
STS de 7 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1131).
STS de 22 de julio de 1985 (RJ 1985, 4096).
STS de 26 de septiembre de 1985 (RJ 1985, 4473).
STS de 3 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4570).

1986

STS de 8 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2348).
STS de 12 de junio de 1986 (RJ 1986, 3386).
STS de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6024).
STS de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7676).

1988

STS de 25 de enero de 1988 (RJ 1988, 140).
STS de 26 de abril de 1988 (RJ 1988, 3279).
STS de 17 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8603).

1989

STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2197).
STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2201).
STS de 21 de abril de 1989 (RJ 1989, 3248).
STS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4296).
STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 5400).
STS de 20 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6945).
STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6976).
STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8825).

1990

STS de 16 de febrero de 1990 (RJ 1990, 692).
STS de 6 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1670).
STS de 26 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1900).
STS 19 mayo 1990 (RJ 1990, 3741).
STS de 7 de junio de 1990 (RJ 1990, 4741).
STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10283).

1991

STS de 7 de enero de 1991 (RJ 1991, 108).
STS de 23 de enero de 1991 (RJ 1991, 311).
STS de 2 de febrero de 1991 (RJ 1991, 699).
STS de 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3105).
STS de 20 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 7973).
STS de 26 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8490).

1992

STS de 24 de enero de 1992 (RJ 1992, 203).

STS de 30 de enero de 1992 (RJ 1992, 533).
STS de 23 de febrero de 1992 (RJ 1992, 2223).
STS de 5 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2162).
STS de 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 5134).
STS de 21 de junio de 1992 (RJ 1992, 5562).
STS de 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9582).
STS de 19 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9243).

1993

STS de 8 de febrero de 1993 (RJ 1993, 690).
STS de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1794).
STS de 3 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3400).
STS de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3723).
STS de 22 de julio de 1993 (RJ 1993, 6276).
STS de 24 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9210).
STS de 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9908).

1994

STS de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994, 861).
STS de 9 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2205).
STS de 6 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3717).
STS de 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3896).
STS de 18 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4094).
STS de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8364).
STS de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8837).
STS de 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8537).
STS de 2 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9394).
STS de 5 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9404).
STS de 13 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9420).

1995

STS de 26 de enero de 1995 (RJ 1995, 172).
STS de 1 de febrero de 1995 (RJ 1995, 727).
STS de 20 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1694).
STS de 21 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1696).
STS de 16 de junio de 1995 (RJ 1995, 5299).
STS de 22 de junio de 1995 (RJ 1995, 4977).
STS de 1 de julio de 1995 (RJ 1995, 5421).
STS de 31 de julio de 1995 (RJ 1995, 5923).
STS de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7026).
STS de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9474).

1996

STS de 29 de abril de 1996 (RJ 1996, 3024).
STS de 31 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3866).
STS de 29 de abril de 1996 (RJ 1996, 3024).
STS de 19 de junio de 1996 (RJ 1996, 5102).
STS de 20 de junio de 1996 (RJ 1996, 5105).

STS de 27 de junio de 1996 (RJ 1996, 4797).
STS de 3 de julio de 1996 (RJ 1996, 9220).
STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6723).
STS de 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6725).
STS de 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6726).
STS de 28 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6820).
STS de 19 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7508).
STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8980).
STS de 21 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9647).
STS de 23 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 5555).

1997

STS de 17 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3883).
STS de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3887).
STS de 27 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4244).
STS de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4327).
STS de 18 de julio de 1997 (RJ 1997, 5516).
STS de 21 de julio de 1997 (RJ 1997, 219).
STS de 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065).
STS de 23 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7181).
STS de 14 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8123).
STS de 25 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8428).

1998

STS de 21 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1511).
STS de 11 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3711).
STS de 23 de junio de 1998 (RJ 1998, 4744).
STS de 14 de julio de 1998 (RJ 1998, 5548).
STS de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7550).

1999

STS de 30 de abril de 1999 (RJ 1999, 2619).
STS de 9 de junio de 1999 (RJ 1999, 4732).
STS de 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7266).
STS de 3 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8974).
STS de 13 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9020).
STS de 24 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9364).

2000

STS de 26 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1020).
STS de 3 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1308).
STS de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1515).
STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 1816).
STS de 21 de julio de 2000 (RJ 2000, 5499).
STS de 20 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8048).
STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10438).
STS de 22 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10136).

2001

STS de 26 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2613).

STS de 30 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8138).

2002

STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2100).

STS de 14 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1441).

STS de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2851).

STS de 29 de abril de 2002 (RJ 2002, 5109).

STS de 21 de junio de 2002 (RJ 2002, 5257).

STS de 10 de julio de 2002 (RJ 2002, 5908).

STS de 19 de julio de 2002 (RJ 2002, 9097).

STS de 23 de julio de 2002 (RJ 2002, 7481).

STS de 10 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9976).

STS de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9684).

STS de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9935).

STS de 16 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10749).

2003

STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003, 647).

STS de 12 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2572).

STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2747).

STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2588).

STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3645).

STS de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2915).

STS de 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3680).

STS de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6420).

STS de 20 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7511).

STS de 5 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8257).

STS de 27 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 352).

STS de 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9282).

2004

STS de 29 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2309).

STS de 10 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2729).

STS de 31 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1249).

2005

STS de 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1681).

STS de 24 de febrero de 2005 (RJ 2005, 2973).

STS de 1 de junio de 2005 (RJ 2005, 6294).

STS de 10 de junio de 2005 (RJ 2005, 4364).

STS de 18 de julio de 2005 (RJ 2005, 5481).

STS de 24 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8280).

2006

STS de 28 de febrero de 2006 (RJ 2006, 696).

STS de 30 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3173).

STS de 28 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8147).
STS de 29 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 406).

2007

STS de 23 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1475).
STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1516).
STS de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1857).
STS de 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 2393).
STS de 14 de junio de 2007 (RJ 2007, 3515).
STS de 14 de junio de 2007 (RJ 2007, 3516).
STS de 17 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7105).

2008

STS de 23 de enero de 2008 (RJ 2008, 393).
STS de 14 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1707).
STS de 25 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1904).
STS de 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3202).

2009

STS de 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 70671).
STS de 27 de abril de 2009 (RJ 2009, 4732).
STS de 6 de julio de 2009 (RJ 2009, 4453).
STS de 14 de julio de 2009 (RJ 2009, 4468).
STS de 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5830).
STS de 13 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 102).

2010

STS de 18 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1285).
STS de 29 de abril de 2010 (RJ 2010, 4355).
STS de 15 de junio de 2010 (RJ 2010, 5151).
STS de 13 de octubre de 2010 (RJ 2010, 8010).
STS de 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 9162).

2011

STS de 5 de enero de 2011 (RJ 2012, 305).
STS de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2354).
STS de 13 de junio de 2011 (RJ 2011, 4525).
STS de 13 de septiembre de 2011 (JUR 2011, 336474).
STS de 2 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 4520).
STS de 23 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 42855).

2012

STS de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5727).
STS de 18 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6358).
STS de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6546).
STS de 19 de junio de 2012 (RJ 2002, 8008).
STS de 13 de julio de 2012 (RJ 2012, 8359).
STS de 19 de julio de 2012 (JUR 2012, 311037).

STS de 31 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10420).
STS de 19 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 904).

2013

STS de 6 de febrero de 2013 (JUR 2013, 2001).
STS de 6 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3084).
STS de 6 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3150).
STS de 7 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2285).
STS de 8 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2286).
STS de 11 de marzo de 2013 (JUR 2013, 99429).
STS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4594).
STS de 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 4943).
STS de 13 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3699).
STS de 10 de junio de 2013 (RJ 2013, 3944).
STS de 10 de junio de 2013 (RJ 2013, 4371).
STS de 10 de junio de 2013 (RJ 2013, 4624).
STS de 4 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7053).
STS de 19 de diciembre de 2013 (JUR 2013, 8352).

2014

STS de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1060).
STS de 10 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4800).
STS de 4 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5875).
STS de 6 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5680).

2015

STS de 17 de febrero de 2015 (JUR 2015, 112217).
STS de 24 de febrero de 2015 (RJ 2015, 696).
STS de 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2256).
STS de 29 de junio de 2015 (JUR 2015, 188430).
STS de 2 de julio de 2015 (RJ 2015, 2998).
STS de 6 de octubre de 2015 (JUR 2015, 244351).

SALA DE LO PENAL

2013

STS de 27 de junio de 2013 (JUR 2013, 227937).

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1992

STS de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992, 3384).

2000

STS de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2888).
STS de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 6275).

STS de 12 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 552).

2001

STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083).

2009

STS de 18 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1742).

STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 4105).

**SENTENCIAS CONSULTADAS DE LA SALA DE LO CIVIL DE LAS
AAPP**

1997

SAP de Badajoz (Sección 1ª) de 20 de junio de 1997 (AC 1997, 1272).

SAP de Cantabria (Sección 2ª) de 6 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 2302).

1998

SAP de Badajoz (Sección 1ª) de 3 de febrero de 1998 (AC 1998, 3609).

SAP de Cuenca, de 23 de marzo de 1998 (AC 1998, 4518).

SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 27 de marzo de 1998 (AC 1998, 526).

SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 3 de julio de 1998 (AC 1998, 5998).

2000

SAP de Baleares (Sección 3ª) de 16 de mayo de 2000 (Índice CENDOJ:
07040370032000100432).

2001

SAP de Granada (Sección 3ª) de 28 de mayo de 2001 (AC 2001, 2060).

2003

SAP de Baleares (Sección 3ª) de 9 de enero de 2003 (AC 2003, 666).

SAP de Barcelona (Sección 11ª) de 30 de enero de 2003 (JUR 2003, 140835).

2007

SAP de Zamora (Sección 1ª) de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007, 271951).

2009

SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 13 de marzo de 2009 (JUR 2009, 208303).

2010

SAP de Madrid (Sección 19ª) de 29 de abril de 2010 (JUR 2010, 324153).

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 6 de octubre de 2010 (AC 2010, 2279).

SAP de Badajoz (Sección 3ª) de 10 de noviembre de 2010 (JUR 2001, 35415).

2012

SAP de Baleares (Sección 5ª) de 27 de febrero de 2012 (JUR 2012, 114255).

SAP de Asturias (Sección 1ª) de 13 de junio de 2012 (JUR 2012, 251345).

2013

SAP de Las Palmas (Sección 4ª) de 10 de septiembre de 2013 (JUR 2013,
349369).

2014

SAP de Asturias (Sección 1ª) de 20 de enero de 2014 (JUR 2014, 41910).

SAP de Madrid (Sección 18ª) de 14 de abril de 2014 (JUR 2014, 238289).

SAP de Murcia (Sección 4ª) de 6 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 51934).

RESOLUCIONES CONSULTADAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTRO Y DEL NOTARIADO

1955

RDGRN de 29 de marzo de 1955 (RJ 1955, 840).

1960

RDGRN de 7 de julio de 1960 (RJ 1960, 2490).

1980

RGRN de 21 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3790).

1981

RDGRN de 1 de abril de 1981 (RJ 1981, 1791).

1982

RDGRN de 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6941).

1986

RDGRN de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1006).

1987

RDGRN de 13 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3855).

1988

RDGRN de 18 de abril de 1988 (RJ 1988, 3358).

1989

RDGRN de 22 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1696).

1991

RDGRN de 24 de junio de 1991 (RJ 1991, 4659).

1994

RDGRN de 19 de enero de 1994 (RJ 1994, 241).

RDGRN de 5 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7654).

1995

RDGRN de 21 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1735).

RDGRN de 18 de julio de 1995 (RJ 1995, 5578).

1996

RDGRN de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3950).

RDGRN de 6 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7928).

1998

RDGRN de 17 de julio de 1998 (RJ 1998, 5973).

1999

RDGRN de 5 de enero de 1999 (RJ 1999, 41).
RDGRN de 29 de abril de 1999 (RJ 1999, 2762).
RDGRN de 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6475).

2001

RDGRN de 25 de enero de 2001 (RJ 2002, 2142).
RDGRN de 6 de marzo de 2001 (RJ 2002, 2172).
RDGRN de 31 de marzo de 2001 (RJ 2002, 2195).

2002

RDGRN de 16 de enero de 2002 (RJ 2002, 4587).
RDGRN de 5 de abril de 2002 (RJ 2002, 8121).
RDGRN de 23 de octubre de 2002 (RJ 2002, 10794).
RDGRN de 18 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 2634).

2003

RDGRN de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4476).

2005

RDGRN de 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 5173).
RDGRN de 13 de julio de 2005 (RJ 2005, 5654).
RDGRN de 8 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6938).

2007

RDGRN de 24 de febrero de 2007 (RJ 2007, 6137).
RDGRN de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 6138).
RDGRN de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007, 6139).

2009

RDGRN de 4 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2776).
RDGRN de 7 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3004).
RDGRN de 30 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4181.)
RDGRN de 24 de junio de 2009 (JUR 2009, 337112).

2010

RDGRN de 3 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1300).
RDGRN de 4 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 551).
RDGRN de 7 de diciembre de 2010 (RJ 2010, 552).

2011

RDGRN de 14 de junio de 2011 (RJ 2011, 4625).
RDGRN de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 3183).
RDGRN de 10 de octubre de 2011 (RJ 2012, 402).

2012

RDGRN de 26 de enero de 2012 (RJ 2012, 92940).

RDGRN de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5948).
RDGRN de 5 de marzo de 2012. (RJ 2012,6148).
RDGRN 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 10065).
RDGRN de 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 10078).
RDGRN de 13 de julio de 2012 (RJ 2012, 10081).

2013

RDGRN de 14 de enero de 2013 (RJ 2013, 3661).
RDGRN de 17 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4852).
RDGRN de 30 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7706).

2014

RDGRN de 14 de abril de 2014 (RJ 2014, 2385).

2015

RDGRN de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1217).

**CONSULTAS VINCULANTES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE
TRIBUTOS**

2013

Consulta Vinculante de 17 de enero de 2013 (JUR 2013, 61132).
Consulta Vinculante de 9 de julio de 2013 (JUR 2013, 305855).

2014

Consulta Vinculante de 22 de enero de 2014 (JUR 2014, 79210).
Consulta Vinculante de 29 de enero de 2014 (JUR 2014, 110036).
Consulta Vinculante de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 266972).

**RESOLUCIONES CONSULTADAS DEL TRIBUNAL ECONÓMICO
ADMINISTRATIVO CENTRAL**

2011

RTEAC de 8 de marzo de 2011 (JT 2011, 401).