

# 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)\*

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

*Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla*

**Resumen:** Para la Resolución la llamada cesión de suelo por edificación futura se puede configurar con carácter puramente obligacional o con carácter real. En la primera forma no procedería la inscripción en el Registro de la contraprestación consistente en la transmisión de los pisos o locales que el cesionario se obliga a construir. En cambio, si se practicara la inscripción del solar a favor del cesionario. Frente a esa tesis se defiende en el comentario que si la situación final sobre el edificio resultante, acordada en el contrato, es una comunidad, lo que puede transmitirse por la entrega del suelo al cesionario es solamente la cuota que sobre el mismo le vaya a corresponder. Nunca su propiedad exclusiva.

**Términos significativos:** Cambio de suelo por obra futura. Efectos de la entrega del suelo.

- ☑ **REGISTRO DE LA PROPIEDAD: INSCRIPCIÓN: improcedencia: cesión de suelo por obra futura: no cabe la inscripción de la contraprestación consistente en la transmisión de los pisos o locales en el edificio a construir: carácter puramente obligacional.**

**Jurisdicción:** Vía administrativa.

En el recurso gubernativo interpuesto por el solicitante frente a la negativa del registrador de la propiedad interino de Mancha Real a inscribir una escritura de cesión de suelo por obra futura en cuanto a la contraprestación consistente en la transmisión de los pisos o locales en el edificio a construir, la Dirección General declara no haber lugar al recurso.

En el recurso interpuesto por Don F. J. T. L., contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad interino de Mancha Real, Don Luis-Manuel Benavides Parra, por la que se deniega la inscripción de una escritura de cesión de suelo por obra futura en cuanto a la contraprestación consistente en la transmisión de los pisos o locales en el edificio a construir.

### HECHOS

Hemos realizado ligeras correcciones de estilo, ortografía y sintaxis en el relato de hechos publicado, al efecto de facilitar su lectura. En ningún caso estas correcciones afectan al sentido.

PRIMERO.—Mediante escritura autorizada por el Notario de Jaén, Don Manuel Cruz Gimeno, de fecha 16 de enero de 2008, se rectificó otra escritura de compraventa autorizada por el Notario de Jaén Don Carlos Cañete Barrios de fecha 13 de junio de 2006, pactándose en sustitución de la obligación de pago aplazado prevista en esta escritura, la de entregar In-

dustrias El Ángel Jaén SA a Don F. J. T. L., una serie de pisos, plazas de garaje y locales destinados a trasteros en el edificio a construir.

SEGUNDO.—Presentada copia autorizada de dicha acta en el Registro de la Propiedad de Mancha Real, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Mancha Real-Jaén. Luis Manuel Benavides Parra, Registrador interino del Registro de la Propiedad de Mancha Real y titular del Registro de la Propiedad de Huelma, en ejercicio de la función calificadoras que le otorgan los artículos 18, 19 y 19 bis LH, en el día de hoy, ha calificado la escritura otorgada en Jaén, ante el Sr. Notario D. Manuel Cruz Gimeno, el día 16 de enero de 2008, bajo el número 57/08 de protocolo, que fue presentada bajo el asiento de presentación número 758 del diario 124, y ha resuelto denegar la práctica de los asientos

\* El presente trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de Investigación «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado (V)», DER2008-04305, de la Secretaría de Estado de Universidades.

solicitados por los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho. Hechos: 1. Que el día 8 de abril de 2008 fue presentada por Doña M. V. D. C., copia del expresado título a la 12:47 horas, originando el asiento de presentación número 978 del diario 123, que fue inscrito en los términos que expresa la nota puesta al margen de dicho asiento de presentación, que es del siguiente tenor: «Practicada la rectificación que se solicita en el documento objeto del adjunto asiento, al tomo 993 del archivo, libro 272 de Mancha Real, folio 52 vuelto, inscripción 4ª de la finca registral número 3/14727, Mancha Real a 21 de abril del año 2008». 2. Que el pasado día 17, D. F. J. T. L., con DNI número XXX presenta otra copia de la expresada escritura, expedida para dicho señor, originando el asiento de presentación número 758 del diario 124, solicitando mediante instancia suscrita con la misma fecha que le sea inscrito su derecho de propiedad de cada uno de los elementos objeto de la permuta. 3. Que a la vista de la documentación presentada y de los asientos practicados y solicitados en su día, no procede la práctica de inscripción alguna en cuanto a esta segunda solicitud de inscripción por cuando el título presentado carece de efecto traslativo y, por tanto, de efecto real, habiéndose configurado la entrega de los diversos departamentos señalados en el título presentado con carácter puramente obligacional. Dicha obligación, además, ha quedado diferida en el tiempo y, por tanto, será al cumplimiento del término fijado y no antes cuando habrá de exigirse su cumplimiento. Fundamentos de Derecho: Primero y único. En principio, y para centrar la cuestión debatida, hay que hacer una serie de consideraciones. La escritura ahora calificada implicaba, y así se hizo constar en este Registro de la Propiedad, una rectificación de una escritura anterior de compraventa, de tal manera que se solicitó la rectificación del asiento respectivo, cambiando la configuración de la contraprestación a recibir por el vendedor de la finca registral 14.727, es decir, D. F. J. T. L., de una cantidad en metálico a la obligación por parte del comprador, es decir, «Industrias El Ángel Jaén, SA», de entregar al vendedor una serie de elementos a construir por el comprador, cambiando igualmente, la configuración del contrato inicialmente celebrado de compraventa a permuta. Pues bien, podemos decir que el contrato inicialmente celebrado de compraventa queda hoy configurado, merced a la rectificación operada, como permuta de cosa presente por obra futura y sujeto a las normas del art. 13 RH. En este sentido, la reforma del Reglamento Hipotecario efectuada por Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre trató, al reformar el art. 13 del Reglamento Hipotecario, de 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. Sin embargo, la sentencia de la sala 3ª del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083) vino a declarar nulos los tres primeros párrafos del citado precepto, pues consideró que admitir la posibilidad de que el título público por el que se hubiera pactado la cesión de un solar a cambio de obra futura, siendo la contraprestación a satisfacer por parte

del adquirente la entrega de una serie de elementos a construir, implicando con ello la transmisión de dichos elementos que carecían de una realidad física en el momento de la celebración del negocio jurídico, supondría una alteración y desnaturalización del régimen de adquisición de la propiedad consagrado en el art. 609 CC, que exige para operar la transmisión de la propiedad la concurrencia del título o documento público que recoge la constitución de este derecho, y el modo, es decir, la puesta a disposición del cedente de los elementos que han de integrar la contraprestación pactada. Así, el Tribunal, en su apartado duodécimo de la sentencia vino a declarar que: «La contradicción 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». Y sigue diciendo el Tribunal: «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 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 le 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 1.462 y 1.463 del Código civil ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan a éstos 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, 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 1.255 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». A la vista de la citada sentencia, la permuta de cosa presente por obra futura solo puede configurarse con carácter meramente obligacional, sin perjuicio de que dicha obligación se garantice con condición resolutoria u otra garantía real, que sí tendría acceso al Registro de la Propiedad. Es, por tanto, lo que hoy

recoge el art. 13 RH al decir que: «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 art. 11 de la Ley Hipotecaria». Pues bien, al practicarse en este Registro la inscripción de la escritura de compraventa otorgada en Jaén el día 13 de junio de 2006 ante el Sr. Notario D. Carlos Cañete Barrios, protocolo número 1.381, se operó, y así quedó reflejado en este Registro, la transmisión de la propiedad de la finca registral número 14.727 a favor de «Industrias El Ángel, SA» dado el efecto traditorio de la compraventa en escritura pública, conforme al art. 1.462 del Código Civil, efecto que no quedó desvirtuado por la posterior escritura de rectificación en permuta que ocasionó el asiento de presentación número 978 del diario 123, en cuyo asiento se cumplieron las previsiones del art. 13 citado, constando de forma escueta la obligación del cedente, «Industrias El Ángel, SA», de entregar los elementos relacionados en la escritura citada y calificada con carácter meramente obligacional y no real, en cuanto a los elementos que constituían la contraprestación a cumplir por el cesionario, no habiéndose, además, garantizado su cumplimiento mediante condición resolutoria u otra garantía real, como prevé el mismo art. 13 RH. Este carácter meramente obligacional viene además remarcado por el propio título que en su estipulación 4ª viene a señalar que: «La sociedad «Industrias El Ángel Jaén, SA» se obliga a entregar los referidos elementos totalmente terminados y en condiciones de uso, en un plazo máximo que terminará el día 31 de junio de 2009». De lo cual resulta que el derecho del cedente carece de la nota de inmediatividad que caracteriza a cualquier derecho real y que implicaría la inmediata adquisición y transmisión de la propiedad de los elementos que integran la contraprestación sin necesidad de colaboración del cesionario, extremo éste que no resulta de ninguna de las estipulaciones de la escritura sino que parece claramente que queda diferida su entrega a un plazo que finalizaría el 31 de junio de 2009; todo lo contrario, resulta así del título presentado que es al cesionario al que, para dar cumplimiento a su obligación y producir en consecuencia la transmisión del dominio, a quien incumbe otorgar la correspondiente acta de finalización de obra, con el cumplimiento de los requisitos previstos por la legislación aplicable para la entrega de los elementos integrantes de la contraprestación pactada en los términos previstos en la obligación asumida por el cedente y que, por otro lado, exigen tanto la vigente Ley de Suelo y la Ley de Ordenación de la Edificación, al estipularse que la entrega se hará de los elementos totalmente terminados y en condiciones de uso. Además, se hace preciso

el otorgamiento, en su consecuencia, de la correspondiente acta notarial de entrega de los distintos elementos, requisito imprescindible para producir la transmisión dominical, constituyendo el «modo» de adquirir y completando al título ya otorgado y que es objeto de la actual calificación. Ciertamente es que la existencia de un proyecto de construcción y la correspondiente licencia de edificación otorgada por la Autoridad competente permite la declaración de obra nueva en construcción así como la constitución un edificio en régimen de propiedad horizontal como determina el art. 8.4 de la LH, pero aunque ello permitiría ya la existencia registral de los elementos a construir no es menos cierto que de la escritura no resulta ninguna estipulación que atribuya y transmita desde el momento de la celebración del contrato y otorgamiento del título, esto es desde la fecha del otorgamiento de la escritura de rectificación por permuta, la propiedad de los elementos configurados como contraprestación al cedente sino que, como hemos señalado, esa entrega queda postergada en el tiempo y, en todo caso, asumiendo el cesionario dicha obligación de entrega lo que implica una actuación activa por su parte otorgando la documentación necesaria para dar cumplimiento a dicha prestación y, en caso contrario, siendo obligado a ello por medio de una decisión judicial dictada en el procedimiento correspondiente. Por tanto, el cumplimiento de la obligación de entregar los elementos relacionados y la eventual exigencia de ese cumplimiento han de desenvolverse dentro del ámbito del Código Civil y sujeta, por tanto, a su interpretación judicial en su caso por lo que, careciendo dicha obligación de carácter real al no atribuirse al cedente la inmediata propiedad de los elementos a construir y quedando diferida dicha entrega en el tiempo, su ejercicio queda fuera del amparo del Registro de la Propiedad, siendo precisa una actuación por parte del cesionario que determine su cumplimiento en los términos arriba expresados. Todo lo cual determina que deba denegarse por el Registrador que suscribe la inscripción solicitada. Calificación: Por todo lo anterior, el Registrador que suscribe ha resuelto denegar la práctica de los asientos solicitados, por los hechos y fundamentos de derecho anteriormente expuestos. Practicada la notificación de la calificación efectuada de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, quedará automáticamente prorrogado el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación. Recursos: Contra esta nota de calificación cabrá interponer recurso en el plazo de un mes desde la fecha de su notificación en este Registro de la Propiedad, para la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los Registros y oficinas previstos en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en cualquier Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Reclamación en el plazo de dos meses contados desde la misma notificación ante los Juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que este situado el inmueble, conforme al art. 328 párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre. Solicitar, en el plazo de

quince días contados desde la misma notificación, otra calificación según el cuadro de sustituciones, de conformidad con el Real Decreto 1.039/2003, de 1 de agosto. En Mancha Real, a 29 de julio de 2008. Fdo. El Registrador interino, Don Luis Manuel Benavides Parra».

**TERCERO.**—Instada calificación sustitutoria el Registrador de Alcalá La Real Don J. C. confirmó la nota de calificación registral en los siguientes términos: «Previo examen y calificación del documento que antecede, se extiende la siguiente de calificación por la que se confirma la calificación efectuada por el Sr. Registrador de la Propiedad de Mancha Real, y por consiguiente se deniega su inscripción por el defecto insubsanable de ser de naturaleza personal el derecho que ostenta Don F. J. T. L. sobre los distintos elementos que la entidad mercantil Industrias El Ángel Jaén SA se ha obligado a entregarle. Hechos. Primero. A las 12.47 horas del día 8 de abril de 2008 fue presentada por D<sup>a</sup> M. V. D. C., copia de la escritura otorgada en Jaén, ante el Sr. Notario D. Manuel Cruz Gimeno, el día 16 de enero de 2008, bajo el número 57 de su protocolo, originando el asiento de presentación número 978 del diario 123, que fue inscrito en los términos que expresa la nota puesta al margen de dicho asiento de presentación, que es del siguiente tenor: «Practicada la rectificación que se solicita en el documento objeto del adjunto asiento, al tomo 993 del archivo, libro 272 de Mancha Real, folio 52 vuelto, inscripción 4.º de la finca registral número 14.727, Mancha Real a 21 de abril del año 2008. Base declarada. Número de arancel: 1, 2, 3, 4. Honorarios sin I.V.A. setecientos cuarenta y un euros con noventa céntimos. Minuta: A-978». Segundo. El pasado día 17 de julio, D. F. J. T. L., con DNI número XXX presenta otra copia de la expresada escritura, expedida para dicho señor, originando el asiento de presentación número 758 del diario 124, solicitando mediante instancia suscrita con la misma fecha que le sea inscrito su derecho de propiedad de cada uno de los elementos objeto de la permuta, la cual fue objeto de calificación negativa, habiéndose acordado el 29 de julio último denegar su inscripción por tener carácter meramente obligacional y no real la obligación de entregar los elementos relacionados en la citada escritura, por parte de Industrias El Ángel Jaén SA a Don F. J. T. L. El citado defecto fue calificando de insubsanable. Tercero. El día 7 de agosto último Don F. J. T. L., solicitó del Registro de Mancha Real la indicación del Registrador Sustituto y una vez efectuada la preceptiva consulta al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, sobre la aplicación del cuadro de sustituciones para determinar la competencia a la hora de proceder a una nueva calificación del meritado documento, la misma le correspondió al Registrador de la Propiedad de Alcalá la Real. Cuarto. Que el pasado día 11 de agosto se presentó en el Registro de la Propiedad de Alcalá la Real instancia suscrita por Don F. J. T. L. solicitando nueva calificación registral, la cual fue objeto de presentación a las 11.13 horas del citado día, bajo el número 1.595 del Diario 80. Se acompañaba a la referida instancia la siguiente documentación por fotocopia, escritura presentada y su nota de calificación, solicitud

de indicación del registrador sustituto, y resultado de la consulta efectuada al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España sobre el cuadro de sustituciones, habiéndose realizado al día siguiente de la presentación de la instancia comunicaciones previstas en el RD 1.039/2003 al Sr. Secretario del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y al Sr. Registrador Propiedad Interino de Mancha Real, requiriendo de este último la remisión del original del título calificado y la información registral completa del historial jurídico de fincas, para el adecuado ejercicio de la función calificadora. Quinto. En la citada escritura objeto de nueva calificación se realizan las siguientes operaciones: 1.º Don F. J. T. L. y la entidad mercantil Industrias El Ángel Jaén SA pactan que se sustituya la obligación de entrega del precio, de la venta efectuada en la escritura otorgada ante el Notario de Jaén Don Carlos Cañete Barrios el día 13 de junio de 2006 y por la que Don F. J. vendió a la Mercantil una parcela de terreno situado en la calle XXX, por la de entregar Industrias El Ángel Jaén, SA a Don F. J. T. L. una serie de elementos (trasteros, local comercial, plazas de garajes y pisos viviendas), que aparecen debidamente descritos en la escritura, pertenecientes de la promoción que en la indicada parcela de terreno está llevando a cabo la entidad mercantil Industrias El Ángel Jaén, SA 2.º Como consecuencia de lo nuevamente acordado califican el contrato celebrado como permuta. 3.º La sociedad Industrias El Ángel Jaén, SA se obliga a entregar los referidos elementos, totalmente terminados y en condiciones de uso, en un plazo máximo que terminará el día 30 de junio de 2009. Sexto. Que una vez recibida, el pasado día 28 de agosto, la documentación e información solicitada del Registro de la Propiedad de Mancha Real, se practica la nueva calificación dentro del plazo de quince días previsto en el número 4 del artículo 6 del mencionado RD 1.039/2003 por el que se regula el derecho de los interesados a instar la intervención del registrador sustituto. Fundamentos de Derecho: Primero. Que en un sentido genérico puede llamarse «contrato de cesión de solar a cambio de obra futura», aquel en que el propietario de un solar cede determinados derechos sobre el mismo a cambio de una contraprestación futura, que se determina por referencia a la obra que el constructor se obliga a realizar sobre dicho solar. Este tipo de contrato suscita, entre otros problemas, el relativo al momento en que se produce la transmisión del dominio sobre la obra futura. Las dificultades para explicar cómo y cuándo se produce la adquisición por el cedente del dominio de los inmuebles derivan de la inexistencia física de los mismos en el momento de la cesión, cuestión que está íntimamente relacionada con la posibilidad de admitir un derecho real sobre cosa físicamente inexistente y por consiguiente con el carácter real u obligacional de los derechos del cedente del suelo sobre la obra futura. Segundo. Que en nuestro ordenamiento jurídico, rige el sistema del título y el modo (art. 609 del Código Civil), en virtud del cual la transmisión de la propiedad y demás derechos reales exige además del contrato válido (título) la entrega del bien (modo o *traditio*); por consiguiente, en prin-

cipio, se puede afirmar que para entregar algo es requisito imprescindible que exista, y por tanto en los contratos con objeto futuro la entrega y consiguientemente la transmisión solo se produce una vez que el bien futuro existe. Sin embargo no podemos olvidar que nuestro ordenamiento admite formas de entrega abstractas o espiritualizadas en las que no es necesaria la entrega material. ¿Qué ocurre cuando esta modalidad de contrato se documenta en escritura pública? Una forma de entrega reconocida expresamente en nuestro Código Civil es la denominada tradición instrumental en virtud de la cual se entiende que el otorgamiento de escritura pública equivale a entrega, salvo que de ella se derive lo contrario (art. 1462.2 Código Civil). En este supuesto la interrogante que indudablemente tiene que plantearse es, si la escritura en la que se formaliza el contrato con objeto futuro tiene eficacia transmisiva. Tercero. Que la doctrina no es unánime en la respuesta. Hay autores que defienden la posibilidad de adquisición actual de un derecho real sobre el inmueble futuro, cumpliéndose el requisito de la entrega con la escritura pública. Para estos autores se deben tener en cuenta únicamente dos datos relevantes a efectos de entender que ha operado la equivalencia entre escritura y entrega: la voluntad inequívoca de los contratantes de transmitir y la determinación del objeto, cumplidos estos dos requisitos, el hecho de que el objeto de la compraventa sea o no materialmente posible en el momento de la escritura debe permanecer al margen de la interpretación del artículo 1462 del Código Civil y, en definitiva, lo relevante a efectos de entender vigente la presunción del artículo 1462.2 del Código Civil no es que la escritura pública sea o no compatible con la puesta a disposición material de la cosa, sino que a través de aquella, el titular del bien transmite las facultades dominicales sobre ella, sacándola de su patrimonio, añadiendo que ello es posible incluso antes de que la cosa llegue a existir o de que la entrega material se lleve a cabo. Para otro sector doctrinal resulta indudable que no es posible otorgar valor transmisivo a la escritura si el objeto es futuro. Los argumentos que se esgrimen son varios: los derechos reales no pueden, por su propia naturaleza, recaer sobre un objeto que no tenga entidad física actual, y por tanto tampoco se puede producir su transmisión, porque además no sería posible realizar la entrega, ni siquiera mediante la tradición instrumental, ya que la mención del carácter futuro del objeto en la propia escritura supone reconocer la imposibilidad de que se produzca la transmisión, operando así la previsión del artículo 1462.2 del Código Civil, en virtud de la cual el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega «... si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario». Cuarto. Que tanto la tesis que defiende la eficacia transmisiva de la escritura pública en los negocios con objeto futuro antes de que éste tenga existencia, como aquella que niega tal posibilidad, tienen reflejo tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que no se muestran unánimes en esta materia. En algunas ocasiones tanto el Tribunal Supremo, como también la DGRN, ale-

gan que si el contrato de cesión se documenta en escritura pública, opera la equivalencia establecida en el artículo 1.462.2 del Código Civil, se cumple el requisito de la *traditio* y el cedente es propietario de los inmuebles que le corresponden, aunque estos todavía no tengan existencia física; para ello han de cumplirse, fundamentalmente, los dos presupuestos antes señalados: La voluntad inequívoca de las partes de transmitir y la determinación del objeto. En apoyo de esta tesis pueden citarse las Sentencias de 14 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8123) y 18 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4094), en las que el Tribunal Supremo reconoce la oponibilidad del derecho del cedente sobre los inmuebles desde el momento en que se otorga la escritura pública, tanto a efectos de terceraía de dominio, como incluso a efectos de ejercitar la acción reivindicatoria. En parecidos términos se manifiesta DGRN, que en su Resolución de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3950), nos dice que la cuestión que se plantea consiste en decidir si en el negocio realizado puede estimarse que a favor de la recurrente ha operado, desde el momento del otorgamiento de la escritura en la que se documenta el contrato y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto a los pisos o locales que ella adquiría y la DGRN entiende que sí se produce el efecto transmisivo en virtud de la escritura en la que se documenta el negocio de cesión de solar por obra, sin que sea un obstáculo para ello el carácter futuro del objeto. Así mismo añade, en la citada resolución, que el requisito fundamental para que se produzca la tradición es la voluntad de transmitir, y, en este caso, es clara la intención de las partes de transmitir, ya que de ningún otro modo se podría entender la expresión utilizada en el contrato, según la cual la entidad promotora se obligaba a entregar a la recurrente «las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta». La Dirección General ha vuelto a reiterar una doctrina similar en la Resolución de 5 de enero de 1999 (RJ 1999, 41), en la que reconoce que por la escritura de permuta se ha producido el efecto traditorio. Sin embargo esa voluntad inequívoca de las partes de transmitir no resulta de las propias estipulaciones de la escritura calificada, ya que de una parte se nos dice en la estipulación primera que: «Los comparecientes pactan que se sustituya la obligación de entrega de dinero prevista en la citada escritura de 13 de junio de 2006, por la de entregar Industrias El Ángel Jaén, SA a Don F. J. T. L. los elementos...», y de otra, en la estipulación cuarta, que «La sociedad Industrias El Ángel Jaén, SA se obliga a entregar los referidos elementos, totalmente terminados y en condiciones de uso, en un plazo máximo que terminará el día 30 de junio de 2009», sin que la declaración de haber abonado el IVA, creemos desvirtúe esta interpretación. La tesis que niega la eficacia transmisiva de la escritura pública en los negocios con objeto futuro, también aparece recogida en variadas Sentencias del Tribunal Supremo que, o bien, desestiman la terceraía interpuesta por el cedente del solar o adquirente de piso en construcción por entender que la entrega no puede realizarse hasta que no esté terminada la construcción y entre tanto el contrato produce sus efectos propios *inter partes*, pero no existe transmisión domi-

nical en favor del comprador (sentencias de 25 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7639), 26 de noviembre de 1991, 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 5134), 9 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2205), 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6725) y 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065)); o bien, consideran que la transmisión sólo se puede producir cuando los inmuebles existan físicamente, de manera que hasta que finalice la obra, el cedente del terreno sólo tiene un derecho de crédito frente al constructor de carácter puramente personal, lo que significa que el cedente sólo puede transmitir el derecho de crédito que tiende a exigir la entrega de los pisos o locales que le corresponden, pero no la propiedad de esos mismos pisos o locales (Sentencias de 12 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9582], que califica el contrato por el que el cedente del solar transmite a un tercero su derecho sobre un local del futuro edificio como una cesión de crédito, y la de 30 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6976]); o bien niegan la equivalencia de escritura y entrega, si no existe posesión efectiva en concepto de dueño por parte del *tradens* (sentencias de 1 de enero de 1992, 30 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6660], 31 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3866]). Quinto. Que llegados a este punto resulta del todo necesario hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083), que ha declarado la nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, en su redacción dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulaba el denominado contrato de permuta de suelo por obra futura, que hasta la entrada en vigor del precepto impugnado carecían de una regulación positiva, instaurando un cauce específico de acceso al Registro de la Propiedad de ciertos contratos de cesión de solar a cambio de obra, configurándose el derecho del cedente, en los supuestos contemplados en dicho artículo, como un derecho oponible *erga omnes*, o sea, de carácter real. Pues bien, el Tribunal Supremo, en el fundamento duodécimo de dicha Sentencia, considera que el precepto cuestionado es contrario al artículo 609 del Código Civil, que establece la necesidad de concurrencia de título y modo para la adquisición de los derechos reales, entendiéndose que los tres primeros párrafos del citado precepto desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, lo que no es posible, en el supuesto contemplado en los tres primeros párrafos del artículo 13 del R.H., porque la cosa no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir. De este modo, el Tribunal está optando, por la teoría que exige la existencia del objeto para entender que se ha producido la entrega. Como expresamente recoge la sentencia: «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 (...) 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...». Sexto. Que con posterioridad a la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha matizado la doctrina mantenida en sus anteriores resoluciones de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3950) y 5 de enero de 1999 (RJ 1999, 41), manifestando en el fundamento tercero de la Resolución de 13 de julio de 2005 (RJ 2005, 5654), que «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 1.867/1998, 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 3ª) 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 (párrafo final del citado artículo 13), que podría inscribirse de conformidad con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria». Séptimo. Que el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de abril de 2007, con relación a una tercería de dominio interpuesta por los cedentes en unos contratos de cesión de suelo a cambio de obra futura, manifiesta que no procede la tercería de dominio, declarando no haber lugar al recurso de casación. En sus fundamentos derecho nos dice que la resolución de la controversia depende de la naturaleza que se atribuya al contrato celebrado el 19 de enero de 1994 y, por tanto, de sus consecuencias jurídicas. Según las demandantes recurrentes, se trata de unos contratos de permuta «*stricto sensu*», de manera que, al otorgarse en escritura pública, existe tradición instrumental, y consecuentemente, son título suficiente para la adquisición del dominio. El Tribunal Supremo, en cambio, considera acertada la calificación efectuada en la sentencia recurrida como contrato atípico, dado que los términos del contrato están claros y no dejan lugar a dudas sobre cuál fue la verdadera intención de los contratantes, independientemente del nombre que se haya usado. En las estipulaciones contractuales se ha querido desvincular la cesión del solar a la entidad C, SL (que tiene lugar en el acto de la firma de la escritura de 19 de enero de 1994, con efectos

traslativos de la propiedad a favor de la citada mercantil), del derecho personal que ostentan las cedentes del terreno sobre las edificaciones, que están pendientes de construir, por lo que la entrega de la contraprestación, consistente en dos pisos, no puede tener lugar hasta que efectivamente la adquirente del solar cumpla con el compromiso asumido de edificar; así, 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, hasta que se construya en el terreno no 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. A mayor abundamiento el Tribunal Supremo reitera la doctrina anterior en sentencia de 11 de junio de 2007. Parte el Tribunal Supremo del sistema de título y modo vigente en nuestro sistema jurídico, de modo que no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien ésta cabe en formas espiritualizadas, como es, conforme al artículo 1462.2, mediante el otorgamiento de escritura pública, si de la misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario. El contrato de permuta de suelo para construir, a cambio de superficie edificada (pisos o locales), presenta la característica de ser generador de la obligación de entrega de una cosa futura, por lo que, 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». Es un contrato atípico, diferente al de permuta de bienes presentes, en que las cosas a intercambiar existen y están determinadas desde su celebración y pueden ser adquiridas ya entonces por los permutantes. La entrega necesaria para la adquisición del dominio (modo) sólo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda a los permutantes. Octavo. Que el artículo 9 del Reglamento Hipotecario establece que 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. Por su parte el artículo 13 del mismo reglamento dispone, tal como aparece redactado tras la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, que 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 deta-

llar 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. De conformidad con lo establecido en el número 5 del artículo 19 Bis de la Ley Hipotecaria, no cabe recurso alguno contra la presente calificación, sin perjuicio de interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado contra la calificación efectuada en su día por el Sr. Registrador Interino de Mancha Real. Dicho recurso deberá interponerse en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente nota, mediante escrito dirigido al Registro de la Propiedad de Mancha Real o a cualquiera de las Oficinas a que se refiere el párrafo tercero del artículo 327 de la Ley Hipotecaria, con arreglo a los trámites establecidos en los artículos 324 y siguientes de la citada Ley. Alcalá la Real a 4 de septiembre de 2008. Fdo. José Carlos Navajas Fuentes».

CUARTO.—Contra la anterior nota de calificación y su confirmación por calificación sustitutoria, Don H. M. H., en nombre y representación de Don F. J. T. L., interpone recurso en virtud de escrito de fecha 9 de octubre de 2008, en base entre otros a los siguientes argumentos: que la calificación denegatoria se basa de manera principal en las vicisitudes habidas en la redacción dada al artículo 13 del Reglamento Hipotecario por RD 1867/1998, de 4 de septiembre, y la posterior declaración de nulidad del mismo efectuada por Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083) (sala Tercera) que declaró nula la redacción contenida en los tres primeros apartados de dicho precepto por falta de rango normativo suficiente; en base a dicha declaración jurisprudencial concluye la calificación con la que discrepamos en que la permuta de cosa presente por obra futura sólo puede configurarse con carácter puramente obligacional; sin embargo, este negocio jurídico existente y válido en la legislación española, que aunque carente de regulación específica en nuestro Derecho es perfectamente lícito al amparo del artículo 1255 del Código Civil, y puede conformarse con un efecto traslativo del dominio o con un contenido puramente obligacional. Buena prueba de ello es que la propia Dirección General había reconocido su existencia y validez legal y había permitido su inscripción en numerosas ocasiones con anterioridad a la nueva redacción dada al artículo 13 del Reglamento Hipotecario por RD 1867/1998, de 4 de septiembre. El Tribunal Supremo decretó la nulidad de la regulación contenida en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario habida cuenta del insuficiente rango normativo, pero no declaró, ni lo pretendió nunca, expulsar el contrato de permuta de cosa presente por obra futura con efecto traslativo en nuestro Derecho, cuya validez, ya mucho antes, había sido reconocida por nuestro ordenamiento. Es más, siendo una cuestión civil, la sala tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sólo pudo pronunciarse como cuestión prejudicial con alcance limitado a ese recurso contencioso-administrativo, pero sin efectos fuera del proceso. La afirmación del Registrador de que a partir de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, sólo se puede configurar con carácter pura-

mente obligacional, carece de apoyo jurídico suficiente y contraviene la doctrina sobre el particular consagrada por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado.

QUINTO.—El Registrador de la Propiedad de Mancha Real emitió informe el día 27 de octubre de 2008, mantuvo la nota de calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1255 del Código Civil; 98 de la Ley Hipotecaria; artículos 9 y 13 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que declaró la nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, en su redacción dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3950), 5 de enero de 1999 (RJ 1999, 41), 31 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2195), 13 de julio de 2005 (RJ 2005, 5654) y 8 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6938).

PRIMERO.—Se debate en este recurso la inscribibilidad de una escritura de rectificación de otra anterior de compraventa, por virtud de la cual se sustituye la obligación de entrega en dinero prevista en ésta, por la de entregar una serie de elementos en un edificio a construir. A juicio del registrador, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que declaró la nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, en su redacción dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, la permuta de cosa presente por obra futura solo puede configurarse con carácter meramente obligacional, sin perjuicio de que dicha obligación se garantice con condición resolutoria u otra garantía real, que sí tendría acceso al Registro de la Propiedad, pero no cabe configurarla como un supuesto de transmisión actual de los pisos o locales salvo que se cree una comunidad sobre el solar. El recurrente entiende que la afirmación del Registrador de que a partir de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, sólo se puede configurar con carácter puramente obligacional, carece de apoyo jurídico suficiente y contraviene la doctrina sobre el particular consagrada por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado.

SEGUNDO.—Este Centro Directivo (véase resoluciones señaladas en los vistos) 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 transmi-

sión 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).

TERCERO.—En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083) (Sala 3ª) declaró ilegales los tres primeros párrafos de tal artículo 13 del Reglamento Hipotecario, 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. Pero esto no excluye que, como se ha dicho anteriormente, 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.

CUARTO.—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.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.



## COMENTARIO

## SUMARIO

Preliminar: acerca de la terminología utilizada y las ideas defendidas en el comentario

1. Consideraciones generales sobre el contrato de entrega de suelo a cambio de edificación en nuestro ordenamiento
2. La inscripción de un título acerca de la entrega de suelo a cambio de edificación futura

### **Preliminar: acerca de la terminología utilizada y las ideas defendidas en el comentario**

Se puede observar que en el título del comentario hemos hablado de la cesión de suelo a cambio de edificación futura: hemos seguido así la terminología del art. 13 RH. Es una denominación adecuada, pensamos, para no hacer cuestión inicial del problema de la calificación del contrato al que nos enfrentamos, su tipo, y su causa.

Ahora bien, quizá pueda ser más ajustado todavía, como hacemos en los títulos de los apartados de este comentario, hablar de entrega de suelo a cambio de edificación. Así ponemos el acento en que lo verdaderamente importante es estudiar los efectos que esa entrega de suelo puede producir.

Sobre este último punto queremos adelantar nuestra opinión, frente al pensamiento de la R. Así quedará explicada la razón por la que consideramos tan importante esta concreta cuestión. Según la R. para que existiera la posibilidad de inscripción del derecho del cedente sería necesario: o que se verificara la tradición instrumental al cedente de los pisos o locales por construir o que se creara una comunidad sobre el solar en la que participaran cedente y cesionario. Nosotros, en cambio, sostenemos otra cosa. Que si la situación final del edificio, acordada en el contrato, es una comunidad, lo que puede transmitirse como fruto de la entrega del suelo al cesionario es solamente la cuota que le vaya a corresponder. Nunca la propiedad plena del mismo. La entrega no puede producir una transmisión jurídico-real más extensa que la proyectada por las partes como efecto del contrato. Por tanto, pensamos que de suyo la comunidad sobre el solar deriva de la voluntad de los contratantes, de forma que la entrega del suelo al constructor lo único que le puede transmitir es una cuota del mismo.

Naturalmente en este comentario situamos el discurso en los términos propuestos por la R., sin ignorar que las partes pueden utilizar otros expedientes perfectamente legítimos para conseguir fines parecidos. Por ejemplo: pueden querer que no exista transmisión inicial de derecho real al cesionario, sino que dicha transmisión se produjera una vez acabados los pisos o locales que le vayan a corresponder. En este caso, estaríamos ante un contrato de obra con contraprestación no en dinero, sino en especie. O, pueden desear que se constituya una sociedad entre ambas partes contratantes, etc. El tratamiento de estos hipotéticos supuestos no se hará aquí porque desbordaría la extensión de un comentario.

### **1. Consideraciones generales sobre el contrato de entrega de suelo a cambio de edificación en nuestro ordenamiento**

La temática de la R. obliga a que nos preguntemos por el significado y los efectos de la cesión de suelo a cambio de edificación futura, así como sobre las implicaciones registrales de la explicación teórica que adoptemos sobre dicha figura [La abundante bibliografía sobre la misma puede verse reflejada en las obras citadas en el presente comentario y en: MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987; RUDA GONZÁLEZ, *El contrato de cesión de suelo por obra*, Valencia, 2002; SERRANO GÓMEZ, *El contrato de cambio de solar por edificación futura (Doctrina, jurisprudencia y legislación)*, Madrid, 2004; ZURITA MARTÍN, *El contrato de aportación de solar*, Madrid, 1995]. Ciertamente, como hace nuestra R., nada es mejor que desgranar las ideas sobre esta materia al hilo de la regulación del art. 13 RH; situando la norma en su historia, describiendo su contenido originario y las razones que motivaron su ilegalidad parcial. Y es que este artículo constituyó un hito, como primer intento (y hasta ahora el único en lo que se refiere al Derecho estatal) de regulación de la figura. Además la nueva norma intentaba afrontar alguna de las deficiencias que se venían obser-

vando en la aplicación de la institución, a partir de algunas intuiciones correctas que pueden seguir produciendo ciertos frutos. No obstante, el resultado final alcanzado era perfectible, porque algunos de los presupuestos de partida estaban desenfocados; la STS (Sala 3<sup>a</sup>) de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083) declaró ilegal gran parte de su contenido, si bien los aspectos más criticables de la norma quizá fueran, a nuestro juicio, perfectamente superables mediante la interpretación.

Ahora bien, no nos podremos limitar al mero análisis del precepto reglamentario originario, y del vigente hoy, si queremos llegar a soluciones correctas para los supuestos contractuales que se planteen en la actualidad. En este punto de partida estamos de acuerdo con la R., otra cosa es que el resultado al que llega la misma se quede, a nuestro parecer, bastante corto. Pensamos que se ha desaprovechado una buena oportunidad para sentar algunos sólidos criterios de futuro para el desarrollo de la figura.

El contenido completo del art. 13 RH, tal como quedó redactado por la reforma de 1998, era el siguiente:

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

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

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

*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.*

El contenido actual del precepto ha quedado reducido a sus dos últimos párrafos. Esto produce cierta perplejidad, porque la versión vigente comienza disponiendo que «El régimen previsto en este artículo no será aplicable...». Lo que así se ordena no aplicar es, paradójicamente, lo que ya no está en vigor por haberse considerado ilegal. La norma vigente alude a continuación a la configuración del contrato de modo diferente a lo previsto en el párrafo anulado, lo que necesitaría también ser reinterpretado: si lo anulado se refería a la contraprestación que tuviera carácter real, no cabe concluir apresuradamente que solamente sea admisible hoy una configuración de la misma como meramente obligacional. En este punto, la R. rechaza, a nuestro juicio acertadamente, la argumentación del Registrador (si bien se queda corta, en lo que se refiere al entendimiento del supuesto concreto que se le presentaba). Obviamente, en la parte subsistente del presente artículo faltan algunas cosas y sobran otras, y determinarlo nos parece que es una tarea ineludible para la interpretación y correcta aplicación del artículo.

La razón de ser de la norma quedaba explicada, pero demasiado brevemente y sin el detalle que hubiera merecido, en la introducción o Exposición de Motivos que acompañaba al RD: «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». Palabras estas que, obviamente, aunque no la mencionaran, estaban pensando en nuestra figura. De hecho, inmediatamente después, la Exposición de Motivos añadía: «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)».*

Para no incurrir en confusión, y frente a lo que se pueda deducir de estas últimas palabras, habría que precisar que el originario art. 13 RH decía que la contraprestación obtenida por el cedente puede tener alcance obligacional o, por el contrario, real; ahí se va a situar también la R. que ahora comentamos para negar que el contrato del caso hubiera sido configurado con alcance real. En la filosofía del Reglamento, que parece que la R. comparte, la entrega de suelo casualizada en este tipo de contrato siempre produce la transmisión de la propiedad exclusiva, sea en una hipótesis o en otra. Pero esta transmisión de la exclusiva propiedad del suelo no debe admitirse como idea indiscutible, y ello resulta fundado incluso a partir de los propios argumentos que la STS de 31 de enero de 2001 utilizó para declarar la ilegalidad del resto de la norma. A nuestro juicio la R. que comentamos debiera haber sido más audaz en la línea de rechazar que esa transmisión se produzca efectivamente. Como explicaremos a lo largo del presente comentario, resulta difícil de entender, desde la consideración del propósito de las partes, que exista una transmisión (que sería solamente medial) del pleno dominio del suelo al cesionario, cuando el fin del contrato es establecer una situación de comunidad sobre el mismo y sobre el edificio resultante de la ejecución de las prestaciones contractuales. No se ve la razón por la 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. Pensamos que el análisis de la finalidad típica de las partes contractuales inclina claramente a una calificación del contrato de este último modo. Si bien, naturalmente, no es de suyo incorrecto calificar el contrato como permuta, pero siempre que se entienda que la entrega del suelo no puede conducir a una propiedad exclusiva del cesionario. Si este último efecto no resulta querido por las partes, y ello queda claro cuando lo que se desea es que sobre el edificio resultante se instaure una comunidad, el intérprete no puede ni debe añadirlo por su cuenta.

Procede precisar otra cosa sobre el texto de la referida EM cuando alude a las dificultades de aplicación de la cesión de suelo. Debe indicarse ahora que dichas dificultades nacen precisamente de la tendencia doctrinal a interpretar el contrato distinguiendo en él una doble transmisión jurídico-real: primero, el cedente transmite la propiedad exclusiva del suelo; en un segundo momento, una vez construido el edificio, se le deben transmitir a él los inmuebles resultantes que le correspondan. La reconstrucción de los efectos contractuales planteada en estos términos tiene importantes, y graves, consecuencias prácticas en los casos de embargo del suelo por los acreedores del constructor y en los de la adquisición de algún derecho real mediante un acto de disposición realizado por el cesionario. Ante la verificación de alguno de estos últimos casos, la situación del cedente resulta debilísima, sin que las soluciones que se han ofrecido a este problema sean satisfactorias. Baste ahora decir que si lo que se ofrece como solución es que las partes puedan configurar el derecho del cedente como real, se deja en manos de los contratantes (en realidad del contratante más fuerte) la posibilidad de solucionar el desequilibrio contractual. Justamente en el supuesto que comentamos aparecen los problemas que acabamos de mencionar: se ha rechazado la inscripción en el Registro del derecho a los pisos futuros, precisamente porque se estima que dicho derecho no tiene trascendencia real. Pero, sin embargo, no se ha discutido que la propiedad exclusiva del suelo corresponda ya al cesionario. Queda abierta, pues, la vía para que en el futuro puedan originarse en este supuesto los problemas de desprotección del cedente. De hecho, hoy, el Registro viene a reflejar en nuestro caso una titularidad plena del cesionario sobre el suelo. Las razones para justificar este efecto, repetimos, parecen muy débiles si partimos de la causa concreta del contrato. No cabe, nos parece, deducir de la utilización por las partes de un contrato de permuta o de compraventa la existencia de una finalidad común de transmisión de la propiedad exclusiva del suelo. De la configuración concreta de las prestaciones contractuales se advierte claramente que lo que debe transmitirse es una cuota del suelo. Naturalmente cabe que las partes sean más o menos claras en la confección del contrato: por ejemplo si se acogen a lo previsto en el art. 8.4º LH, explicitarían de modo más evidente su propósito. Pero, no es necesario llegar a tanta determinación, si los contratantes han dejado claro que la situación prevista para el suelo o el edificio es una comunidad y fijan sus cuotas, o se pueden calcular o deducir de otro modo, o cabe aplicar la presunción de igualdad de partes del art. 393.2 CC. En todos los casos lo que puede

transmitirse como fruto de la entrega del suelo al cesionario es solamente la cuota que le vaya a corresponder. Nunca la propiedad plena.

La versión del art. 13 RH anulada por la STS 31 enero 2001 (RJ 2001, 1083) no discutió, repetimos, que la transmisión plena del suelo fuera el efecto propio de la figura, aunque partiera de que éste dejaba en una posición bastante débil al cedente, que a cambio de desprenderse actualmente de la completa propiedad del suelo, sólo adquiriría de inmediato un crédito contra el constructor. La solución ideada por el art. 13 RH para este problema, se mostraba en continuidad con ciertas propuestas doctrinales, y con alguna RDGRN, a la que alude la ahora comentada (RDGRN 16 mayo 1996 [RJ 1996, 3950]). Consistía en aceptar la posibilidad de que las partes fueren el significado técnico de la *traditio* para permitir que los pisos o locales futuros se transmitan al cedente del suelo con carácter inmediato, aunque todavía no existan. La transmisión de los mismos al cedente se produciría en virtud de la escritura pública en la que se formalizara la cesión del suelo, que actuaría como tradición instrumental.

No cabe discutir la buena intención de esta solución, pero 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 lo impugnó en sede judicial. Además dicha propuesta dejaba sin resolver los casos en que el negocio se formalizaba en un escrito meramente privado, y, desde luego, los supuestos en los que las partes no hubieran optado por acogerse a esa posibilidad de tradición anticipada de los pisos, que podían ser la mayoría. Demasiados obstáculos para un mecanismo que necesitaba ser invocado expresamente por las partes para tener virtualidad. Mucho más fecundo se demostraría el análisis de la cuestión desde la perspectiva de la causa incorporada al contrato, como venimos diciendo. El tipo contractual empleado no puede imponer una transmisión al cesionario de la propiedad exclusiva sobre el suelo, cuando la voluntad de las partes resulta que la excluye.

Probablemente ni el propio art. 13 RH, en su redacción originaria, creía mucho en su propia solución, porque los párrafos anulados estimaban que la situación jurídico-real que se publicaba en el Registro no era la propiedad individual del cedente sobre los pisos futuros, sino una comunidad especial sobre el suelo aportado. Es decir, la norma terminaba reconociendo que no había transmisión actual de los pisos, y que lo que existía era una transmisión limitada del dominio del suelo al cesionario. La consecuencia jurídica del precepto daba claro apoyo para replantearse si los presupuestos teóricos de los que partía eran correctos; o lo era más la idea que hemos defendido de que estamos ante un mecanismo voluntario de constitución de comunidad, en la que se aporta el suelo, por un lado, y el trabajo de la edificación, por el otro. Si se hubiera hecho así, quizá se hubiera advertido que no era necesario ni coherente propugnar la transmisión real de los pisos o locales todavía no construidos, para terminar publicando en el Registro una comunidad especial *sobre el suelo*. En realidad se podría decir que la entrega del suelo no transmite al cesionario una titularidad plena del mismo, sino una titularidad concurrente con la del cedente. Y que esta conclusión final no había que fingirla basada en la imposible transmisión de los pisos o locales inexistentes (Esto concordaría con las propuestas de autores como Miquel GONZÁLEZ, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *RdP*, 1998, nº 1, pp. 53-54; BAYISTA, «Comunidad para edificar», *RDP*, 1969, p. 100; GARCÍA-BERNARDO LANDELA, «Piso futuro y viviendas acogidas», *RCDI*, 1970, nº 478, p. 743).

Opinamos que no mediando otra causa adicional del efecto jurídico-real que se vaya a estimar producido (como pueda ser, señaladamente, la causa de garantía y, entonces, de acuerdo con los límites propios de este otro posible derecho real), la entrega del suelo en este tipo de contratos solamente puede producir una transmisión al cesionario que llegue en su extensión dominical, como máximo, a la medida en que esa transmisión esté prevista como efecto definitivo del contrato. De este modo quedan solucionados todos los posibles supuestos de entrega de suelo, sin forzar el sistema transmisivo sino aplicándolo correctamente a partir de la idea de la causa concreta del contrato.

¿Cuáles son los argumentos utilizados por la STS 31 enero 2001 para declarar la ilegalidad de una parte del art. 13 RH? Fundamentalmente dos. En primer lugar, una determinada interpretación del sistema de fuentes, según la cual esta materia estaría vedada a la regulación por reglamento, puesto que el cometido de éste debería limitarse a la simple ejecución de la Ley Hipotecaria

(cuestión que ahora no nos interesa analizar). En segundo lugar, la contradicción con el sistema de transmisión de los derechos reales mediante el título y el modo.

En lo que afecta, en concreto, a este segundo problema, la S. afirmó: *«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 primeras párrafos altera el régimen legal de adquisición de la propiedad, consagrado por el 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 le 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».*

Nos convence el argumento de que en el supuesto contemplado en los tres primeros párrafos del art 13 RH no cabe estimar producida la tradición ya que los pisos no existen. Y que ello constituye una contradicción con el sistema del título y el modo. Ahora bien, la parte del originario art. 13 RH declarada nula podía tener suficiente cobertura en el art. 8.4º LH. En efecto, este último precepto permitía la inscripción de los edificios en régimen de propiedad horizontal cuya construcción estuviera comenzada. Si se hacía una interpretación flexible de este último requisito era, y es, posible el logro de algo similar a lo previsto en el primer párrafo del art. 13 RH (preconizaba DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1985, p. 292 que «construcción comenzada» debía interpretarse no en un sentido material, sino en sentido técnico, y ello podía referirse a la existencia de un Proyecto. Esta interpretación ha sido luego muy seguida: cfr., por ejemplo, PLANA ARNALDOS, *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Madrid-Barcelona, 2002, p. 169; SERRANO CHAMORRO, *Cambio de solar por edificación futura*, Pamplona, 2002, p. 557). Y precisamente en la norma anulada se ordenaba a las partes atemperarse a las reglas de la propiedad horizontal para poder proteger al cedente mediante la conservación en su patrimonio de un derecho real. Quedaría así que el único error del reglamento, en lo que ahora nos interesa, fue hablar de una imposible transmisión anticipada de los pisos y locales inexistentes, pero en cambio no sería erróneo publicar una situa-

ción de comunidad sobre el suelo. En cualquier caso, los efectos de la S. en este punto no son nada graves, porque el art. 8,4º LH sigue estando ahí, a disposición de los que lo quieran utilizar en el marco de un contrato de cesión de suelo a cambio de edificación (Admiten expresamente la aplicabilidad del art. 8,4º LH a nuestro caso: PIANA ARNALDOS, *Cesión de solar a cambio de obra futura*, cit., pp. 168 y ss. y LÓPEZ FRÍAS, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Barcelona, 1997, pp. 66 y ss.). Quizá algún eco de ello deba verse en la propia R. que comentamos cuando reconoce la posibilidad de que en el contrato se configure una situación jurídico-real de comunidad sobre el suelo.

No puede aceptarse, a nuestro juicio, que el contrato de cambio de suelo por edificación, seguido de la entrega, produzca la plena transmisión del suelo, como si estuviéramos ante una permuta o una compraventa normales. Si la situación final del suelo, acordada en el contrato, es una comunidad, lo que puede transmitirse como fruto de la entrega del mismo al cesionario es solamente la cuota que a éste le vaya a corresponder. Nunca la propiedad plena del mismo. Las características y la extensión del derecho del cedente dependerán *in concreto* del 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.

Se podría alegar, en contra de lo que decimos, el régimen de la compraventa con entrega inmediata del bien vendido y aplazamiento del precio. En este caso la pérdida de la propiedad por parte del vendedor es simultánea a la entrega, mientras que la prestación del comprador se produce con posterioridad. Claramente el art. 11 LH trata de modo jurídico personal la situación resultante para el vendedor de la llamada condición resolutoria tácita. ¿Sucedería algo parecido en nuestro caso? A saber: ¿se produciría la transmisión exclusiva del suelo al cesionario a cambio de la obligación del mismo de edificar y transmitir parte de lo construido? ¿Seguiría el cedente, entre tanto, disponiendo simplemente de un derecho personal frente al cesionario? ¿Solamente podría evitar este resultado añadiendo algo más al contrato, como sería una posibilidad de recuperación del suelo mediante una condición resolutoria expresa, o pactando una situación de comunidad especial, etc.? A nosotros nos parece que algunas situaciones que derivan del normal contrato de compraventa y de un contrato como el aquí contemplado son diversas. Y, por tanto, los efectos también lo son. Y lo son porque falta en nuestro caso la voluntad concorde de transmitir el solar en toda su extensión. Mientras esto falte, no se pueden producir efectos reales fruto de la entrega que lleguen más allá de lo querido por las partes. No olvidemos que los contratantes lo que quieren es compartir el suelo, como un elemento común de la edificación proyectada, y esa voluntad se encuentra suficientemente explicitada en este contrato. En cambio, naturalmente, la transmisión de la cuota de suelo al cesionario tiene plena estabilidad jurídico-real, de modo que si se la quisiera supeditar al cumplimiento del deber de construir sería necesario prever el mecanismo adecuado, como es la condición resolutoria.

Lo que resta subsistente del art. 13 RH, tras la STS de 31 de enero de 2001, sería contrario a ley en cuanto diera por supuesto que el contrato de cambio de suelo por construcción (unido a la entrega) produce la transmisión inmediata de la propiedad exclusiva del suelo al constructor. Este efecto es imposible en un ordenamiento como el nuestro, en el que los derechos reales se transmiten de acuerdo con su causa. Si la finalidad del contrato es el establecimiento de una situación de comunidad sobre el edificio resultante (y también normalmente sobre el suelo), la transmisión del suelo al cesionario no sería acorde con dicha causa. Ahora bien, es factible hacer una lectura del precepto resultante que sea coherente y respetuosa con estos principios. Derivar del tipo de contrato empleado un resultado diferente no hace justicia a las peculiaridades de nuestro sistema.

De suyo lo que el art. 13 RH proclama es que la contraprestación a la cesión del suelo tiene carácter obligacional, y puede garantizarse con garantía real expresa. Eso en sí es correcto e incluso obvio cuando nos referimos a una prestación contractual. Obviamente en este campo conserva su interés la garantía real o la condición resolutoria expresa, para permitir dar cierta eficacia real al derecho personal del cedente a determinadas prestaciones del constructor (básicamente, la realización de la construcción). Lo que no especifica el precepto, afortunadamente, es el contenido del asiento que refleje la cesión del suelo y que debe practicar el Registrador. Habíamos dicho en un

momento anterior que en el precepto faltaban cosas: esta es la ausencia más señalada a la que nos referíamos. Pensamos que no sería correcto que se publicara la propiedad individual del cesionario, ni en realidad el art. 13 RH lo impone si se lo lee desapasionadamente y desconectándolo de la raíz que le prestaba el párrafo anulado. Para resolver esta relativa laguna de regulación, conservaría valor la necesidad de publicar una situación de comunidad sobre el suelo como la única solución coherente con nuestro sistema de transmisión de los derechos reales, siempre dependiente de la causa concreta, y refractario a toda forma de abstracción. Obviamente el régimen jurídico y el alcance de esa comunidad sobre el suelo dependerán de lo que se haya pactado en cada caso concreto, por lo que no es factible hacer aquí mayores precisiones sobre el contenido del asiento que debe publicar el Registro.

En suma, a pesar de sus defectos, la solución reglamentaria según la cual sobre el suelo se instauraba una comunidad especial entre el cedente y el constructor resultaba adecuada. Y nos parece que no se trata de una simple solución normativa deseable de reinstaurar mediante ley, sino del único modo correcto de entender el sentido del contrato dentro de los principios de nuestro ordenamiento. Por ello la anulación del precepto no impide que podamos hoy seguir considerando que el contrato de cesión de suelo supone como máximo la instauración de una comunidad sobre el mismo en la que participan cedente y cesionario (en la hipótesis más probable que aquí estamos estudiando). Es decir, no es factible que durante la fase contractual de construcción se hayan generado 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).

Incluso era correcto no concretar qué tipo de comunidad existe y qué facultades se comparten entre el cedente y el cesionario. Porque en realidad no es preciso determinarlo, ya que el resto de las consecuencias que pueda generar el contrato depende de la voluntad de las partes, limitada por las normas de Derecho imperativo. En cambio, lo que ciertamente nunca puede producirse es una situación intermedia de despojo jurídico-real del cedente en beneficio del cesionario, pues falta la causa suficiente para ello dentro del contenido propio de este contrato según lo han diseñado las partes.

Ahora bien, no resulta nada convincente considerar, como hace la R. comentada, que todos los elementos o partes de la contraprestación del constructor (cesionario) al cedente puedan construirse con un alcance simplemente obligacional, si es que la finalidad última del contrato es una situación real para ambas partes. Naturalmente en todo contrato median prestaciones meramente obligacionales, ya que en nuestro sistema no existen contratos reales *quoad effectum*. Pero eso es una cosa y otra muy diferente, que la configuración del contrato no influya en el alcance que la transmisión inicial de suelo deba producir a favor del cesionario. Prevista en el contrato la doble transmisión suelo/parte del edificio terminado, los propios términos del pacto revelan la imposibilidad de entender que la primera transmisión constituya sobre el suelo un derecho real exclusivo para el cesionario. Sería una transmisión excesiva para el logro del fin contractual, que contempla el suelo como elemento compartido por cedente y cesionario.

## 2. La inscripción de un título acerca de la entrega de suelo a cambio de edificación futura

Para concluir el presente comentario es necesario concretar cuál debía ser, a nuestro juicio, la reacción correcta del Registrador ante la pretensión de inscribir un título en que se entrega suelo a cambio de obra futura.

Ciertamente son varios los negocios en que la figura en estudio se puede manifestar ante el Registrador, y eso hace difícil agotar la descripción de todas las posibilidades que en la práctica se puedan producir. No obstante, intentaremos presentar aquí un esquema con ciertas pretensiones de exhaustividad, pero sin olvidar la referencia más concreta al caso de la R. comentada, al menos según los datos que nos resultan conocidos.

En primer lugar, el Registrador puede tener que enfrentarse a un título de transmisión en el cual alguna de las prestaciones definitivamente diseñadas por las partes tenga un carácter meramente personal. Ello nos llevaría fuera de los problemas directamente planteados por la R. Nos

referimos a casos como los siguientes: un contrato de obra en el que el constructor vaya a ser pagado en el futuro con alguna unidad de obra, de entre las construidas, con un derecho de carácter personal (por ejemplo, un arrendamiento). O bien, uno en el que el cedente, que transmite la propiedad del suelo, recuperará parte del inmueble construido, pero reservándose sólo un derecho de carácter personal (por ejemplo, un arrendamiento). A nuestro juicio, son los casos más sencillos de resolver. Procederá la inscripción de la eventual transmisión del derecho real; mientras que las prestaciones de carácter obligacional sólo accederán al Registro si están garantizadas con una garantía de trascendencia o naturaleza real. En el problema contemplado por la R. no parecía haber nada de esto.

En segundo lugar, otro supuesto sencillo para el Registrador será aquel en el que se produzca una transmisión fiduciaria de la propiedad del suelo, normalmente mediante una fingida compraventa. En estos casos, como el título presentado a inscripción no le permitirá, por hipótesis, conocer la existencia del pacto acerca de la entrega de pisos o locales futuros, habrá de limitarse a reflejar en el Registro el contenido del título. Obviamente ello no impide que, en un proceso posterior, mediante la aportación de la pertinente prueba, salga a la luz la verdad de los hechos, como sucede en el caso de las transmisiones fiduciarias. Ni que decir tiene que una operación de este tipo, como todas las fiduciarias, tiene sus riesgos para las partes. Quizá en nuestro caso, en el instante de la escritura inicial, objeto de rectificación por la que motiva el recurso, podía existir una tal ocultación de la realidad del negocio que pretendían las partes. No obstante, para nuestro propósito esta posibilidad resultaría irrelevante.

En tercer lugar estarían aquellos casos en los que no se prevea a favor del constructor una transmisión real del suelo, sino de una parte de lo construido. A nuestro juicio, estaríamos ante una modalidad del contrato de obra en el que el pago del precio se concreta en parte de lo edificado. De inicio el contrato no puede tener reflejo registral, sino que habrá que esperar al momento en que la transmisión real se verifique, salvo que en el propio contrato se hayan pactado garantías de trascendencia real. La situación del constructor viene a ser en este caso similar a la del comprador en tanto no se ha verificado la entrega de la cosa. No es, tampoco, el supuesto que se suscita en nuestra R.

En cuarto lugar, los supuestos más interesantes son aquellos en los que sí se pretende una transmisión inicial del suelo, pero también se ha diseñado para el futuro una situación definitiva, a favor del cedente, de titularidad jurídico real que recaiga sobre parte de la construcción. Es lo que, a tenor de lo que conocemos, se presentaba en el caso concreto objeto de comentario. Aquí la causa concreta del negocio no permite afirmar que con la entrega del suelo se transmita la titularidad plena del mismo al constructor. Por tanto, la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad no debería reflejar un derecho exclusivo de propiedad sobre el inmueble a favor del cesionario. ¿Qué asiento se debe practicar entonces? Las posibilidades pueden ser varias, según el modo en que las partes hayan realizado el contrato. Una, que las partes hayan configurado una situación de prehorizontalidad, en virtud del art. 8.4º LH, en cuyo caso se inscribirá la operación a tenor de lo previsto en dicha norma. Otra, que en el título se hayan ofrecido elementos suficientes para cuantificar la cuota de la cotitularidad actual de cedente y cesionario sobre el inmueble originario, bien porque se haya determinado expresamente la misma y las facultades de cada uno de los comuneros o porque ello se pueda deducir de otro modo (por ejemplo, porque han quedado descritos los distintos elementos de la edificación definitiva que corresponden a cada contratante). Finalmente, si nada de ello se ha pactado, cabe pensar que juega la presunción de participación del cedente y del cesionario por partes iguales formulada genéricamente en el art. 393.2 CC. Obviamente, también es posible que se pueda deducir del examen del título que esta última presunción no debe aplicarse, pero que tampoco sea posible cuantificar exactamente la cuota y facultades que a cada uno de los partícipes corresponda. Estaríamos, a nuestro juicio, ante una defectuosa determinación de la situación jurídico real diseñada por las partes, que necesitaría ser subsanada por éstas.

Por tanto, discrepamos de la solución adoptada por la R. porque entendemos que en el caso cabía ver alguna de las modalidades acabadas de describir en cuarto lugar. La anulación de parte del art. 13 RH no es un obstáculo para que del contrato pueda deducirse que lo realmente existente y querido por las partes es una situación de comunidad sobre el suelo. Ciertamente tampoco es fácil, con los datos que tenemos, determinar el contenido exacto del contrato y, por tanto, de los derechos que se derivaron de la entrega; pero nos parece seguro que no es posible inscribir el



suelo a nombre exclusivo del constructor (cesionario). Más bien: o procedía la inscripción de una situación de comunidad sobre el mismo; o debía denegarse la inscripción por presentar el título el defecto subsanable de no determinar claramente la cuota de cotitularidad que a cada contratante corresponde sobre el suelo.