UNIVERSIDAD DE JAÉN

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL, DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

TESIS DOCTORAL

LA VENTA DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN

PRESENTADA POR:
PETRONILA GARCÍA LÓPEZ

DIRIGIDA POR:
DR. D. JOSÉ GONZÁLEZ GARCÍA

JAÉN, 13 DE MARZO DE 2004

ISBN 978-84-8439-818-9

Es tanto el tiempo que les he quitado, que sólo puedo dedicar este trabajo a las principales personas que hay en mi vida, mi madre, mi hermana Mariló y mi sobrina Elena. No puedo olvidar a mi padre, que, de vez en cuando, nos da algún susto.

A Ángel, por su comprensión y paciencia.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....17

INTRODUCCIÓN.....21

CAPÍTULO PRIMERO. LOS CONTRATOS SOBRE PISOS EN CONSTRUCCIÓN.....25

I.- PANORAMA ACTUAL EN EL QUE SE DESENVUELVE LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS. LA PROLIFERACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS QUE RECAEN SOBRE PISOS EN CONSTRUCCIÓN O MERAMENTE PROYECTADOS.....25

1.- LA CESIÓN DE SUELO POR OBRA FUTURA. 26

2.- LA VENTA SOBRE PLANO O VENTA DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN...28

3.- DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL PROPIETARIO-CEDENTE, Y EL ADQUIRENTE DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN O SIMPLEMENTE PROYECTADOS 32

II.- LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA 34

1.- LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES 34

2.- ADQUICION DE LA PROPIEDAD EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO: EL TÍTULO Y EL MODO.....37

A) La existencia de un contrato o título traslativo..... 39

B) Propiedad y poder de disposición en el tradens 40

C) El requisito de la posesión en el tradens 42

a) Escritura pública y transmisión de la posesión 44

b) Escritura pública como modo en la transmisión de la propiedad 46

III.- LA POSESIÓN DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DE UN EDIFICIO 57

1.- LA RECEPCIÓN DE LA OBRA 58

2.-TITULARIDADES JURÍDICAS SOBRE LAS OBRAS EN CURSO DE CONSTRUCCIÓN 60

A) Teoría de la adquisición derivativa de la propiedad de la obra por el comitente 60

B) Teoría de la adquisición originaria de la propiedad por el comitente 62

IV.- LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL SOBRE INMUEBLES EN CONSTRUCCIÓN. ¿ES EL PISO PROYECTADO O EN CONSTRUCCIÓN UN SUPUESTO QUE EXCLUYA EL VALOR TRADITORIO QUE CONLLEVA EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA? 67

1.- ACERCA DE LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO SOBRE EL PISO EN CONSTRUCCIÓN 67

A) El derecho del adquirente sobre plano tiene naturaleza estrictamente personal 69

B) El derecho del adquirente se enmarca en el ámbito jurídico-real 73

a) Transmisión de la propiedad de una cuota del solar y adquisición de los pisos a medida que se vaya efectuando la edificación, dado que el piso proyectado es una cosa en formación 75

b) Existencia registral del piso en construcción 80

2.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL 83

V.- LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES EN CONSTRUCCIÓN 95

1.- EL PISO EN CONSTRUCCIÓN O SOBRE PLANO COMO UNA COSA FUTURA 95

2.- DETERMINACIÓN DE CONCEPTO DE COSA FUTURA 95

3.- *EMPTIO REI SPERATAE* Y LA *EMPTIO SPEI* 100

4.- LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA 105

A) Planteamiento del que partimos 105

B) La validez del contrato traslativo sobre cosa futura 106

5.- NATURALEZA DE LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA 107

A) Principio consensualista, teorías que niegan que el contrato tengo un objeto y rechazan el carácter condicional del negocio 108

B) La compraventa de cosa futura en la doctrina francesa. Regulación de la venta de viviendas en construcción en la legislación francesa 112

6.- LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA COMO NEGOCIO CONDICIONAL 117

A) La realización de la edificación como *conditio iuris* 122

B) Pendencia de la condición suspensiva 124

a) Calificación de la situación del comprador 126

b) Acciones conservativas y posibilidad de inscripción registral del negocio condicional 128

c) Limitaciones que presenta la configuración de la compraventa de pisos en construcción como negocio obligacional condicional.....131

D) La retroactividad de los efectos de la condición suspensiva en las obligaciones de dar 132

C) Configuración de la compraventa de piso en construcción como un negocio jurídico con eficacia real condicional 136

D) Un negocio con eficacia real suspendida: La compraventa de bienes inmuebles sometida a pacto de reserva de dominio 138

a) Su construcción jurídica 139

b) Legitimación del comprador, titular de un derecho eventual o expectativa real para ejercitar la tercería de dominio 141

c) Publicidad registral del acto traslativo condicional 144

E) ¿Qué sucede con el derecho del comprador a la entrega del bien, en tanto que culmina la construcción, en la compraventa no condicionada? 147

VI.- LA VENTA DE PISO EN CONSTRUCCIÓN COMO UN CONTRATO COMPLEJO O MIXTO CON UNA OBLIGACIÓN DE HACER Y DE DAR 151

1.- LOS CONTRATOS MIXTOS O COMPLEJOS 151

A) Los contratos mixtos o complejos como negocios atípicos 151

B) Contratos mixtos o complejos y pluralidad de contratos 153

C) Regulación aplicable a los contratos mixtos o complejos 156

2.- EL RÉGIMEN DE LA COMPRAVENTA DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN 160

A) La compraventa de un piso en construcción no es una venta condicional o *emptio rei speratae*. Es un contrato mixto o complejo 161

B) La obligación de hacer y entregar la cosa terminada.....165

C) La importancia del tiempo.....167

D) El problema de los riesgos.....170

a) Criterios seguidos para la imputación del riesgo en la compraventa.....175

b) Riesgo y venta de cosa futura 180

E) Responsabilidad del promotor por defectos de la construcción 181

CAPÍTULO SEGUNDO: REGULACIÓN DE LA VENTA SOBRE PLANO EN LA NORMATIVA REGISTRAL Y URBANÍSTICA 183

I.- EL TRÁFICO JURÍDICO DE PISOS EN EDIFICIOS EN CONSTRUCCIÓN ANTE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.....183

1.- PLANTEAMIENTO. LA NUEVA PROPIEDAD ESPACIAL. 183

2.- EL SISTEMA DE FOLIO REAL. 192

3.- EL PISO EN CONSTRUCCIÓN COMO FINCA REGISTRAL. 194

4.- EL NACIMIENTO DE LA FINCA REGISTRAL. LA INMATRICULACIÓN O PRIMERA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 198

5.- PROPIEDAD HORIZONTAL Y CONEXIÓN DE FINCAS: FINCA MATRIZ Y FINCAS NUEVAS. CONEXIÓN POR PROCEDENCIA Y CONEXIÓN POR PERTENENCIA. 201

6.- PROPIEDAD HORIZONTAL Y PLURALIDAD DE FOLIO REGISTRAL. ...205

II.- DESCRIPCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LOS PISOS INTEGRADOS EN EDIFICIOS CONSTITUIDOS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL....208

1.- CONDICIONAMIENTOS URBANÍSTICOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN Y DE OBRA NUEVA CONCLUIDA. 209

A) La declaración de obra nueva como paso previo a la división horizontal.....210

a) Aproximación a su naturaleza jurídica. 211

b) Justificación de los requisitos de la licencia de edificación y certificación del técnico en la declaración de obra nueva. 216

B) Contenido mínimo de la declaración de obra nueva.....221

a) Características conceptuales de la declaración de obra nueva 221

b) Requisitos formales de la declaración de obra nueva 222

c) Requisitos descriptivos de los títulos de declaración de obra nueva 223

C) Modificación de la obra nueva declarada mediante el título constitutivo de la propiedad horizontal 225

a) Posición de la doctrina. 228

b) Criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado. 233

D) La inscripción de títulos traslativos o constitutivos de derechos reales, sobre edificios inscritos "en construcción o en proyecto" en el Registro de la Propiedad: el artículo 51 del RD 1093/1997, de 4 de julio.....240

a) Finalidad del artículo e interpretación del mismo 240

b) Primera interpretación: el precepto es aplicable solamente a los títulos en los que se declara que la edificación se encuentra todavía en construcción 242

c) Segunda interpretación: el título traslativo o constitutivo de derechos sobre la finca inscrita en construcción es inscribible, aunque en el mismo se afirme que la edificación está terminada 244

d) Repercusión de la Ley de ordenación de la edificación 246

2.- CONTENIDO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. 249

A) La descripción del inmueble en su conjunto 249

B) Elementos comunes 253

C) La descripción de los pisos y locales –elementos privativos- en que se dividirá el edificio 255

D) Anejos 260

E) Cuota de participación 262

III.- DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA Y SEGUROS OBLIGATORIOS EN LA EDIFICACIÓN. 262

1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. 263

2.- LAS FUNCIONES NOTARIAL Y REGISTRAL EN LA FORMALIZACION E INSCRIPCIÓN DE LAS ESCRITURAS DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. EL ARTÍCULO 20.1 DE LA LOE. 268

A) Control preventivo en la acreditación de las garantías y su verificación 269

a) Momento en que se debe acreditar la constitución de las garantías 270

a´) Cuando la titularidad del edificio o parte del mismo pasa a terceros adquirentes. 270

b´) Cuando se declara la obra nueva en construcción. 271

c´) Cuando se constata la terminación del edificio..... 274

d´) Recapitulación. 276

b) Forma de acreditar el cumplimiento de las garantías..... 279

B) El control sancionador. La responsabilidad personal en caso de incumplimiento de la obligación de garantizar..... 282

C) Obra nueva terminada y omisión de las garantías del artículo 19 LOE 283

3.- AUTOPROMOCIÓN Y SEGUROS OBLIGATORIOS. 285

IV.- NACIMIENTO Y CONSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL..... 291

1.- PRESUPUESTOS PARA EL NACIMIENTO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. EL ITER HACÍA LA PROPIEDAD HORIZONTAL PLENA..... 292

A) El título constitutivo 297

a) Trascendencia del título constitutivo..... 298

b) Prehorizontalidad por falta de título o propiedad horizontal de hecho 300

c) Esencialidad del título constitutivo y venta de pisos en construcción 302

B) Efectos que produce el otorgamiento e inscripción del título de la propiedad horizontal en el Registro de la Propiedad, en situación de prehorizontalidad durante la fase de construcción de la edificación..... 307

C) La existencia física del edificio..... 310

a) El edificio como presupuesto necesario 311

b) No es necesaria la existencia física del edificio 311

2.- DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE PUEDE ACCEDER AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. 313

3.- INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN RÉGIMEN DE PREHORIZONTALIDAD. 319

V.- TRATAMIENTO REGISTRAL DEL PISO PROYECTADO.....323

1.- POSIBLES SIGNIFICADOS ATRIBUIBLES AL TÉRMINO PREHORIZONTALIDAD. 323

2.- TRATAMIENTO REGISTRAL DE LA PREHORIZONTALIDAD. 325

A) Constitución del régimen de la propiedad horizontal sobre un edificio proyectado o en construcción, constituyéndose el piso proyectado como finca registral independiente 326

B) Situación previa a la constancia registral de la propiedad horizontal, cuando el piso proyectado sólo puede aparecer como término de referencia, en el folio general del solar 329

3.- LA SITUACIÓN DE PREHORIZONTALIDAD CONTENIDA EN EL DEROGADO ARTÍCULO 13 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.....334

A) Contenido actual del artículo 13 del Reglamento hipotecario.....339

B) Caracterización del supuesto de hecho contemplado en el artículo 13 RH, antes de la Sentencia de 31 de enero de 2001 342

a) Derecho real en cosa ajena.....342

b) Cesión parcial de suelo 343

c) Transmisión ab initio de los pisos futuros (o transmisión del espacio vacío, disociado totalmente de la propiedad del suelo) 345

C) Reflexión sobre la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de enero de 2001 [RJ 1083].....348

D) La Ley del Parlamento de Cataluña 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura 352

a) Requisitos del contrato según la Ley 23/2001. 353

a´) Determinación del objeto. 354

b´) La identificación de las viviendas, locales y demás edificaciones que se adjudicarán a las partes. 355

c´) La constitución del régimen de la propiedad horizontal...357

b) Transmisión de la propiedad 358

a´) Transmisión de la finca o de la edificabilidad por parte del cedente. 359

b´) Adquisición de la propiedad por parte del cedente. 361

c´) La oponibilidad 363

c) Incumplimiento del contrato 364

VI.- ADQUISICIÓN DEL DOMINIO Y CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL 367

1.- LEGITIMACIÓN PARA OTORGAR EL TÍTULO CONSTITUTIVO. 368

A) El inicio de las ventas se produce desde que se comienza a transmitir efectivamente la propiedad de los pisos o locales 369

B) El inicio de las ventas se verifica desde el momento en que comienzan a celebrarse los contratos de compraventa.....370

C) Nuestra postura.....372

2.- POSICIÓN DEL ADQUIRENTE DE UN PISO EN CONSTRUCCIÓN ANTE EL OTORGAMIENTO O MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL TÍTULO CONSTITUTIVO POR EL PROMOTOR-VENDEDOR CONSTITUYENTE DEL RÉGIMEN. 376

3- OTORGAMIENTO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO Y PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.....384

CAPÍTULO TERCERO. LOS DEFECTOS EN LA VIVIENDA ATENDIENDO A LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN......389

I.- SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA VENTA DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN. ACLARACIÓN CONCEPTUAL 389

1.- EL VENDEDOR-PROMOTOR.....389

A) La figura del promotor......389

a) La responsabilidad del promotor antes de la Ley de ordenación de la edificación......390

a´) Según las acciones de incumplimiento nacidas del contrato de compraventa. 390

b´) Según la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. 391

c´) Según su equiparación al constructor, a efectos de la responsabilidad decenal propia del contrato de obra. 391

b) El régimen jurídico del promotor en la nueva normativa sobre edificación......395

B) Figuras análogas al promotor. La autopromoción 401

C) ¿Sería posible una equiparación entre el comprador de un piso en construcción y el promotor?. 404

2.- EL ADQUIRENTE DE UN PISO EN CONSTRUCCIÓN. 409

A) La situación de los adquirentes sucesivos del edificio antes de la LOE.....410

a) Criterio de la accesoriedad. 411

b) Criterio de la obligación propter rem. 411

c) Criterio del interés. 412

d) Criterio contractual. 412

e) Excepción al principio de relatividad de los contratos. 414

B) Acción directa de los sucesivos adquirentes frente a los responsables del proceso constructivo en la LOE......415

C) Presidente de la Comunidad de Propietarios......419

II.- SITUACIÓN DEL ADQUIRENTE DE LA VIVIENDA DURANTE EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN Y ANTES DE SU ENTREGA.....421

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.....421

2.- CAUTELAS DEL COMPRADOR Y OBLIGACIONES DEL VENDEDOR. LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, SOBRE PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS. 426

A) La obligación de devolver las cantidades anticipadas a cuenta del precio.....428

B) Ingreso mediante efectos cambiarios 431

C) Ingreso en cuenta especial.....433

D) Pólizas individuales y colectivas.....435

E) Propaganda y publicidad.....437

F) Resolución del contrato y prórroga......437

G) Sanciones......439

H) Valoración de la regulación actual de la percepción de cantidades anticipadas durante la construcción de la vivienda......442

III.- SITUACIÓN DEL COMPRADOR TRAS LA ENTREGA DE LA VIVIENDA......446

1.- CONCURRENCIA DE REGÍMENES APLICABLES ANTES DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN.....446

A) Cuadro de acciones protectoras del adquirente de una vivienda defectuosa......448

a) El alcance de las acciones edilicias, como medida específica, ante la adquisición de una vivienda defectuosa. Su insuficiencia......449

a´) El criterio que atiende a que se trate de una venta de cosa específica o cosa genérica.....451

b´) Vicio y defecto de calidad. El criterio de la insatisfacción del interés del acreedor.....455

b) Acción por ruina del artículo 1591 CC y acciones generales por incumplimiento......465

2.- RÉGIMEN POSTERIOR A LA LOE.....470

A) Naturaleza jurídica de la responsabilidad por vicios y defectos en la construcción.....471

B) Incumplimiento consistente en una prestación defectuosa que produce anomalías constructivas en el edificio y genera la responsabilidad prevista en el artículo 17 LOE. 475

a) Los defectos estructurales......478

b) Los defectos de habitabilidad. 480

c) Los defectos de acabado. 483

d) Plazos de ejercicio de las acciones......485

a´) Plazo de garantía.....485

b´) Plazo de prescripción de la acción indemnizatoria del artículo 18.1 LOE: el dies a quo.....486

*e) Recapitulación***.** 488

C) El resarcimiento de los daños y perjuicios causados por defectos de construcción excluidos de la LOE. Derogación o no del artículo 1591 CC. ..490

a) Breves líneas sobre el ámbito de aplicación del artículo 1591 del Código civil......492

b) ¿Están derogados los párrafos primero y segundo del artículo 1591 CC? 496

a´) Primera interpretación: el art. 1591 CC ha sido derogado por la LOE.....498

b´) Segunda interpretación: el art. 1591 CC está vigente en todo aquello en que no se opone a la LOE.....499

c´) Tercera interpretación: no se trata tanto de cuestionarse la vigencia o derogación del artículo 1591 CC, sino la jurisprudencia de la que ha sido objeto.....505

d´) Conclusión. 507

D) La pervivencia de otras vías junto a la LOE. 507

3. - INADECUACIÓN ENTRE LO PREVISTO Y LO ENTREGADO. 517

A) El proyecto. 518

a) Concepto y funciones del proyecto en la LOE. 518

b) Carácter normativo del plano. ingreso del proyecto en el ámbito contractual. 522

c) La obligación de entrega en relación con la cabida en la compraventa de inmuebles. 524

a´) Venta de un inmueble con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número. 524

b´) Venta de un inmueble por precio alzado o venta de cuerpo cierto. 526

d) Proyecto meramente descriptivo y proyecto normativo. 528

e) ¿Son aplicables las acciones de cabida a la venta de inmueble en construcción o venta sobre plano? 532

f) Plazas de garaje. 539

B) La integración del contrato y la publicidad. 544

a) La exigibilidad de la publicidad por los consumidores con independencia de que constituya o no una oferta de contrato. 546

b) Excepción a la eficacia vinculante de la publicidad: existencia de acuerdo modificando los términos de la publicidad (o publicidad sin efectos contractuales: art. 8.2 LCU). 554

c) Ventajas de la integración publicitaria del contrato. 556

CONCLUSIONES......565

BIBLIOGRAFÍA......581

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS......633

ABREVIATURAS

AAVV	Varios Autores
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Audiencias
Act. Civil	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Ar. Civil	Aranzadi Civil
art.	Artículo
AT	Audiencia Territorial
BICR	Boletín Informativo del Colegio de Registradores
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
Cit.	Citado
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Ed.	Editorial
ed.	Edición
Fasc.	Fascículo
JC	Jurisprudencia Civil
JUR	Sentencias recogidas solamente en CD rom o bases de datos en línea
LAT	Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias
LCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
LCF	Ley del Parlamento de Cataluña 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura
Ley 57/1968	Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

LEC/1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LEC/2000	Ley 1/2000, de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
Loc. cit.	Lugar citado
LOUA	Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LS	Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo
núm.	Número
op. cit.	Obra citada
pág.	Página
PH	Propiedad Horizontal
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RD 1093/1997	Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RdP	Revista de Derecho Patrimonial
Res.	Resolución
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH	Reglamento Hipotecario
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RTC	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	Tomo

TC	Tribunal Constitucional
TR	Texto Refundido
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vid.	Ver
Vid. ibidem	Ver igualmente
Vol.	Volumen
VPO	Viviendas de Protección Oficial
V. gr.	Verbigracia

INTRODUCCIÓN

El acceso a la vivienda acudiendo a la venta sobre plano o en construcción constituye una realidad indiscutible, pero llena de riesgos. Podemos observar como en la práctica negocial es usual que muchos compradores, individualmente, adquieran de un mismo vendedor pisos, de los que sólo existe un proyecto con un solar de su propiedad o, a lo sumo, una construcción incipiente, otorgándose un documento privado en el que, por la libertad de pacto y forma que preside nuestro Derecho, se reserva el transmitente todas las facultades y derechos que cree oportunos: constituir la propiedad horizontal, hipotecar, reducir o ampliar la superficie del piso por razones arquitectónicas, etc., convirtiéndolo en un contrato, titulado de compraventa, opción o promesa, en el que el comprador sólo adquiere el derecho a que se entregue un piso el día que se construya, con las dimensiones, forma y calidades que determine el vendedor, pero él, sí entrega ya, en ese acto, una cantidad en metálico y acepta una serie de letras con vencimiento cierto, que no variará aunque se retrase la entrega de la vivienda.

Independientemente del estado en que se encuentre la edificación, proyectada, en construcción o faltando mínimos detalles para su terminación material o simples trámites administrativos para su entrega, lo cierto es, que cuando se produce la adquisición de los pisos no se suele documentar en escritura pública. La consecuencia más drástica que se deriva de tal modo de actuar, no es que el comprador sobre plano no adquiera la titularidad de un derecho con eficacia jurídico-real, sino que tampoco puede gozar de la seguridad que le proporcionaría la inscripción de su título en el Registro de la Propiedad, pues, sin escritura pública tal constancia no es posible.

La exigencia de anteponer el interés del adquirente a cualquier otro, dada su situación de desprotección, nos lleva buscar mecanismos preventivos efectivos que aseguren su posición jurídica, extremadamente débil, desde que compra hasta que se le entrega la finca; y tales soluciones sólo pueden encontrarse anticipando la documentación pública del negocio que realiza y su reflejo registral.

Como en nuestro Derecho, el negocio dispositivo de eficacia real resulta de la conjunción de un negocio obligatorio y de la tradición, hemos juzgado necesario distinguir,

en la primera parte de nuestro trabajo, dos grades bloques: en el primero de ellos, hemos estudiado si el carácter proyectado o en construcción del piso, se podía, considerar como un posible obstáculo a la eficacia traditoria del instrumento público, esto es, del contrato de compraventa plasmado en documento notarial, buscando determinar si este "modo de adquirir" exige que la construcción de los pisos o locales que correspondan al adquirente esté terminada, así como calificar qué tipo de derechos tienen los adquirentes sobre esos pisos o locales en tanto culmina la construcción de los mismos.

En el segundo, nos hemos centrado en el estudio del negocio de compraventa de un piso en construcción, desde el prisma puramente contractual, penetrando en el análisis de la naturaleza que tiene tal modalidad de contratación. Nos han guiado en este análisis las aportaciones de nuestra doctrina, siendo mayoritaria la que lo considera como una *emptio rei speratae*, y consiguientemente, como un negocio condicional. Partiendo de tal configuración de la venta de piso en construcción, como un contrato sometido a condición suspensiva, en la medida en que la condición es un acontecimiento futuro e incierto, encontrábamos serios obstáculos para predicar tales caracteres respecto de la actividad edificatoria a que se compromete un promotor cuando vende pisos todavía no terminados. También hemos estimado de gran interés profundizar en el posible reflejo de los negocios condicionales en el Registro de la Propiedad durante la situación de pendencia de la condición.

La segunda parte de este trabajo de investigación, es una derivación lógica de la primera, como no podía ser de otra forma. Desde el punto de vista de la relación jurídico-real, es necesario que se den, en cuanto al objeto, las notas de existencia, licitud y determinación, es decir, el objeto del derecho real ha de ser una cosa existente, una realidad del mundo exterior. No cabe sobre ello duda alguna: sobre lo que no existe no caben derechos. El problema radica, en si el objeto ha de tener existencia actual o cabe un derecho real sobre un objeto de existencia posible o futura. Ocurre que las necesidades del tráfico han impuesto un tratamiento cartular o tabular, como expediente para resolver las cuestiones complicadas que se presentan en la construcción o edificación, pues, los edificios son cada vez más complejos y, exigen un largo proceso, por lo que hay que prever, anticipadamente, una serie de soluciones en contemplación del resultado final de ese proceso. Es por ello, que el inicio de la construcción ha sido entendido en sentido muy amplio, y el caso es que el edificio figura como finca en el Registro de la Propiedad cuando

todavía no puede decirse que tenga existencia física. Así, el art. 8.4 LH, permite que se pueda constituir sobre un edificio el régimen de la propiedad horizontal, desde que está simplemente comenzado, sin perjuicio, de que en la inscripción del solar o del edificio en su conjunto se hagan constar los pisos meramente proyectados.

Al penetrar en los distintos argumentos que nos brinda la legislación urbanística y registral, hemos podido observar como el tráfico jurídico de pisos en construcción no encuentra en estas disciplinas ninguna traba para conseguir su reflejo registral, de forma que, si bien se puede discutir sobre la naturaleza del derecho del comprador de un piso por el sistema “sobre plano”, no existe problema en la normativa inmobiliaria para dar cabida a este negocio.

Por último, dado que el contrato de compraventa suele realizarse entre un promotor y un comprador-adquirente, siendo las deficiencias en la edificación una fuente inagotable de pleitos entre ambos, hemos sentido la necesidad acercarnos al proceso de construcción del piso, y así, a la Ley de Ordenación de la Edificación.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS CONTRATOS SOBRE PISOS EN CONSTRUCCIÓN.

I.- PANORAMA ACTUAL EN EL QUE SE DESENVUELVE LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS. LA PROLIFERACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS QUE RECAEN SOBRE PISOS EN CONSTRUCCIÓN O MERAMENTE PROYECTADOS.

Las circunstancias económicas en que se desenvuelve, hoy, la empresa constructiva, dada la carestía de suelo, de materiales y de mano de obra, propician que el empresario que desea invertir en la construcción, rara vez, disponga de todo el capital necesario para ello, motivo por el que se ve obligado a construir a crédito, buscando la colaboración de terceros que adelanten todo o parte del dinero necesario para la obra, que restituirá al finalizarla y realizar el valor de lo construido, con la ganancia obtenida.

Es cierto que, si bien, el préstamo bancario es hoy menos caro, debido al descenso de los tipos de interés, sin embargo, a su coste, hay que sumar el precio de las garantías que las entidades de crédito exigen para reducir el riesgo que conlleva la financiación, por lo que, si a todo lo anterior, añadimos la posibilidad de que, una vez terminado el edificio, la venta de los pisos y locales se retrase más de lo esperado, mientras, se siguen generando intereses por el dinero prestado, se comprende que el constructor busque otros medios de financiación.

Por dicha razón, se han ideado fórmulas contractuales que facilitan la financiación de la actividad constructiva, negocios jurídicos que presentan la particularidad de que recaen sobre pisos en construcción o proyectados. Es lo que ocurre con el contrato de cesión de solar por obra futura y con la venta sobre plano.

1.- LA CESIÓN DE SUELO POR OBRA FUTURA.

Mediante la cesión de suelo por obra futura[1], el propietario de un terreno, apto para construir (solar), cede determinados derechos sobre el mismo, a cambio de una contraprestación futura, que se determina con referencia a la obra que el cesionario-constructor se obliga a realizar sobre ese solar. No existe una única modalidad[2] de contrato de cesión de suelo por obra futura del que pueda predicarse una tipicidad, entendida como disciplina unitaria, pero sí, se observa una finalidad económica común, que se puede conseguir a través de la celebración de diferentes contratos, dependiendo de las circunstancias concretas y de los intereses que concurran en cada caso, consistente en el intercambio de un solar a cambio de edificación futura. También existen ciertos elementos comunes que caracterizan e individualizan todas las modalidades de contratos de cesión: en primer lugar, el carácter futuro de la contraprestación que debe recibir el cedente y, el carácter mixto de la contraprestación a que se obliga el cesionario-constructor (hacer y dar), que aleja estos contratos del puro intercambio, aproximándolos, por la existencia de la obligación de hacer, al arrendamiento de obra[3].

En cuanto a la necesidad económica que viene a llenar esta modalidad contractual, viene representada por el desarrollo del mercado inmobiliario, que hace que haya operadores económicos dispuestos a edificar en solares que no les pertenecen y, cuyos dueños, no tienen ni la intención ni la infraestructura necesaria para proceder a su explotación económica a través de la construcción.

Así, para los promotores inmobiliarios, esta operación de adquisición es atractiva, en la medida, en que les permite no privarse, actualmente, de la liquidez que hubiera requerido una compraventa ordinaria, obteniendo financiación ajena y la legitimación necesaria para los complejos trámites jurídico-administrativos que conlleva la culminación de la edificación. Tal y como expone el Preámbulo de la Ley del Parlamento de Cataluña

---

[1] El párrafo primero del artículo 13 del Reglamento hipotecario (cuyos tres primeros párrafos han sido declarados nulos por la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 31 de enero de 2001 (RJ 1083), hablaba de "cesiones de suelo por obra futura". En la nueva Ley del Parlamento de Cataluña 23/2001, de 31 de diciembre, se hace referencia a cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura o resultante de rehabilitación (BOE 2-2-02, núm. 29).

[2] Cabe, por ejemplo, la cesión por el propietario del solar de una cuota indivisa sobre el mismo al constructor, equivalente, a lo que éste vaya a quedarse luego en pisos y locales; la formación de cualquier entidad asociativa, ya sea sociedad civil, mercantil o cooperativa,; la transmisión del solar, pero reteniendo el dueño del suelo su dominio, etc.

[3] En este sentido, PLANA ARNALDOS, M.ª C., "Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura", en *RCDI*, núm. 674, noviembre-diciembre 2002, pág. 2080.

23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad, a cambio de construcción futura, "a la persona cesionaria, que normalmente es promotora o constructora, la cesión de finca le permite construir sin tener que hacer un desembolso inicial para adquirir el suelo o el volumen edificable. 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 terminadas, 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."

Igualmente, para los propietarios de solares, que se niegan o son reacios a venderlos, pueden estar dispuestos a que un extraño los edifique y adquiera la propiedad de parte de esa construcción, a cambio, de que se les entreguen, como contraprestación, una parte del edificio a construir. Es un modo de acceso a la vivienda más barato que el recurso al mercado, además, de permitirles aprovecharse de la plusvalía futura de las viviendas residuales con objeto de revenderlas, posteriormente, en el mercado. Por otra parte, normalmente, no disponen de los medios suficientes, ni de la capacidad de gestión necesaria para llevar a cabo la construcción, dificultades que, se acentúan, 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.

La razón de que esta modalidad contractual[4] se utilice tan profusamente[5], se debe, a que la posición que se procura a las partes, dentro de la relación, refleja, exactamente, el desequilibrio existente en el mercado, con ello, queremos decir, que los problemas que pueden surgir en la relación, suelen perjudicar los intereses de quien, originariamente, era propietario único del solar, mientras que, es muy difícil, que la empresa constructora vea

[4] Monografías recientes aparecidas sobre este tema, vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, especialmente las págs. 343 a 379, dedicadas a la permuta de solar por pisos a construir; ÁLVAREZ MORENO, M. T., "La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido", en *Aranzadi Civil*, 1995-1, págs. 79-117. ZURITA MARTÍN, I., *El contrato de aportación de solar*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1995. LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997. SERRANO CHAMORRO, M.ª E., *Cambio de solar por edificación futura*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999. PLANA ARNALDOS, M.ª C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002. RUDA GONZÁLEZ, A., *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

[5] Se ha considerado la cesión de solar por obra como la panacea del moderno negocio de la construcción, vid. SANMARTÍN MARIÑAS, J., *Las permutas inmobiliarias. Aspectos contables y fiscales*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 21; también MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, pág. 344.

afectados los suyos. Desde este punto de vista, ALONSO PÉREZ[6], considera que el desarrollo que esta figura ha alcanzado, se debe a la beneficiosa situación que brinda a quien ocupa la posición dominante en el mercado, la empresa constructora, la cual, impone la articulación jurídica de la relación que le resulta más ventajosa.

2.- LA VENTA SOBRE PLANO O VENTA DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN.

Otra técnica a la que se suele acudir es conseguir la colaboración del propio comprador por medio de la venta anticipada de los distintos pisos y locales que se van a construir, fórmula que está pensada, además, para captar clientes entre los inversores de menos posibilidades económicas y facilitar la construcción. Es la venta por el sistema "sobre plano" o venta de vivienda nueva[7]. Influyen, en este fenómeno, razones de orden económico, psicológico y social, así, la sociedad de consumo en la que nos encontramos inmersos, la utilización de los bienes antes de su pago total, la dificultad del ahorro y de tener disponible el capital necesario, la inversión con la renta periódica del trabajo como fuente de los principales ingresos actuales, etc.

Mediante esta práctica, el constructor vende una vivienda, piso o local, la mayor parte de las veces, antes de empezar a construirlo, y siempre, sin terminarlo, obligándose a construir y entregar. En contraprestación, el comprador paga una cantidad inicial, a la firma del contrato de compraventa y, se compromete a realizar una serie de entregas periódicas, en concepto de pagos parciales del precio total de compra, que serán invertidas por el vendedor en la construcción del piso vendido, siendo lo habitual que, el último pago, se realice coincidiendo con la entrega de aquél. La peculiaridad de este contrato es, que se vende un objeto inexistente, aunque, perfectamente, determinado por su descripción conforme al plano que se ofrece.

La gran ventaja que presenta esta modalidad contractual, causa de su enorme difusión, radica, en que permite conciliar las necesidades e intereses de constructores y

---

[6] Cfr. ALONSO PÉREZ, M.ª T., "Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación", en *RCDI*, núm. 665, mayo-junio 2001, págs. 1022 y 1023.

[7] En el año 2001, el 96% de las ventas de casas en Madrid, se hizo sobre plano (según datos de la Consultora Aguirre-Newman). Una tendencia cada vez más de moda que permite a las promotoras financiarse, correr menos riesgos en la venta –evitando quedarse con unidades en stock-, y finalizar cuanto antes el proyecto para comenzar otros nuevos, aun a costa de no optimizar el precio, ya que si se tarda en vender, se puede vender más caro (Su Vivienda, El Mundo, viernes 15 de noviembre de 2002, núm. 274), http:// www.elmundo.es/suvivienda/2002/274.

adquirentes, puesto que facilita tanto la financiación de la obra, como la adquisición de la vivienda y, favorece, por ello, el incremento de la construcción.

Efectivamente, el constructor se asegura, por este medio, en primer lugar, una financiación completa y barata, pues, el comprador irá adelantando, poco a poco, el coste total de la obra, sin cobrar intereses del dinero anticipado, como pago parcial, permitiéndole obtener un producto más barato. Al referirnos al "dinero anticipado", aludimos al hecho de que el comprador paga antes de que el constructor realice su prestación, pero, de ningún modo queremos decir que se anticipe el pago, que ya es exigible, como consecuencia de la perfección del contrato[8]. Tras la firma del contrato, suele ser habitual, que el adquirente satisfaga, alrededor del treinta por ciento del valor de la vivienda adquirida, aplazando el importe restante al momento del otorgamiento de la escritura pública de venta, a la que, habitualmente, sigue la entrega de llaves, previa subrogación, en la mayoría de los casos, en el correspondiente préstamo hipotecario.

En segundo término, disminuye el riesgo empresarial, pues, se pone a cubierto de la incertidumbre que implicaría terminar el edificio y, no vender los pisos y locales, asegurando el beneficio empresarial y aumentando su capacidad de obtener créditos, pues, la entidad bancaria o financiera que le preste el capital para llevar a cabo la construcción, retiene siempre una parte del capital prestado, y sólo entrega los fondos al constructor, contra certificación de obra, pero, estará dispuesta a confiarle un porcentaje mayor, si los pisos están vendidos, pues, cuenta con el interés que los propios compradores tienen en la terminación de la obra.

Desde la perspectiva del comprador, la adquisición de una vivienda constituye la inversión más importante que un ciudadano medio puede llevar a cabo a lo largo de su vida. A dicha compra destinará, no sólo sus ahorros, sino también, una buena parte del salario que habrá de ganar en los años venideros. Es un hecho que, el elevado precio a desembolsar por la adquisición de una vivienda o local, impide, a la gran mayoría de los particulares, afrontar dicha adquisición pagando al contado. Por dicha razón, con mucha frecuencia, el consumidor de un inmueble que se decida por la compra de una vivienda terminada, se verá obligado a recurrir al préstamo bancario, para lo que deberá pagar el

[8] Precisión que realiza MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.ª D., *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pág. 382.

consiguiente interés y el precio de la garantía del mismo, que, normalmente, será la constitución de una hipoteca sobre el inmueble adquirido, lo que conlleva un notable incremento en el precio de la vivienda o local.

Por otro lado, hay que agregar, que ninguna entidad financiera o de crédito estará dispuesta a adelantar el precio total del inmueble adquirido, si la única garantía de su devolución, es el valor del mismo, de modo que, el comprador deberá disponer de una suma de dinero que entregará, como entrada al vendedor, y cuya cuantía mínima será tal, que permita reducir la cantidad del préstamo a un montante que, incluidos los intereses, quede garantizado con el valor previsible del piso en la enajenación forzosa.

Por ello, cuando no se disponga de ahorros suficientes para tal entrada, o la modesta economía familiar no pueda soportar la repercusión de los intereses de la suma prestada y la amortización del capital, sólo restará, para quien precise adquirir una vivienda o local, una salida: acudir a la compra de un piso sobre plano o en construcción. La ventaja principal para el comprador estriba en que, podrá fraccionar el pago del precio, sin necesidad de solicitar un préstamo o, reduciendo notablemente la cuantía del mismo, con el consiguiente abaratamiento del precio total de la adquisición al evitarse el pago de intereses. El mayor inconveniente será el riesgo[9] que se verá obligado a soportar[10].

[9] La preocupación por la situación de riesgo a que se halla expuesto el comprador, puede verse en: SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO DE ARAGÓN, "El tráfico jurídico de pisos o departamentos en edificio por construir ante el Registro de la Propiedad", en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 62, octubre 1971, págs. 548 y ss.; GARCÍA VALLÉS, R., "El problema de las garantías en los contratos de compraventa de fincas a plazos", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972, págs. 143-148. INFORME ELABORADO POR COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, para la Ponencia Especial de Transacciones Inmobiliarias del Congreso de los Diputados, el 27 de abril de 1989, sobre "El fraude inmobiliario", en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 260, 1989. IZQUIERDO ASENSIO, R., "El fraude inmobiliario y el Registro de la Propiedad", en *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. KLECKER ALONSO DE CELADA, A., "Sistema español relativo a transacciones inmobiliarias: hacía la máxima seguridad jurídica. Superación de las críticas del Informe Mcmillan Scott", en *Gaceta Jurídica de la CEE. Boletín*, núm. 101, febrero-marzo 1995, págs. 17-23. TORRES ESCAMES, S., "La hipoteca de finca vendida", en *RDP*, octubre 1983, págs. 917 a 925.

[10] Dentro del tema de los locales o viviendas en construcción, que han de ser conceptuadas como cosas en todo o en parte futuras (*emptio rei speratae*), no cabe duda de que pueden ser cometidas, en su entorno, numerosas estafas, casi siempre, de carácter genérico o común. También, cabe la apropiación indebida de las cantidades entregadas como anticipo, si existe una efectiva distracción del dinero recibido para la construcción. Es frecuente el otorgamiento de compromisos de venta o el formalizar precontratos de venta sobre planos, antes, incluso, de comenzarse los cimientos y, después, se enajenan las mismas viviendas a otros compradores que dan mayor precio; o se hipoteca el solar o se hipotecan los mismos locales o pisos una vez inscritos en el Registro, no habiendo mediado pacto de reserva de hipoteca; a veces, quedan embargadas estas mismas titularidades por deudas del promotor y salen a subasta en perjuicio de los incautos compradores que han financiado la construcción; a veces, no queda dinero o, no se prevé la reserva suficiente de numerario para que el promotor pague, a su vez, el solar o los terrenos, cuyo precio está garantizado con

El primero, que el vendedor no cumpla el contrato, es decir, no construya el piso o, no lo construya en las condiciones convenidas y, destine el dinero recibido de los compradores a otros menesteres. Si en tal caso, el vendedor resulta insolvente, el comprador se queda sin piso y sin dinero (no podemos dejar de mencionar el caso de la gestora-promotora Comercializadora Peninsular de Viviendas –CPV-, que ha desatado, de nuevo, la alarma y el pánico entre numerosas personas).

El segundo, dimana de la circunstancia de continuar, en el dominio del vendedor, tanto el solar como la obra, hasta que se verifica la entrega del piso. Como, además, éste sigue figurando inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor, la situación de riesgo se prolonga hasta el cambio de inscripción, ante la posibilidad de que surja un tercero protegido por la fe pública registral[11]. De este modo, puede ocurrir que el vendedor transfiera dos veces la misma vivienda, que disponga en su totalidad del edificio, que lo hipoteque o grave, o que lo embarguen como consecuencia de obligaciones, a veces, totalmente ajenas a la construcción misma; o incluso, que dicha entrega no se pueda llevar a cabo por pertenecer a un adquirente judicial, tras la subasta legalmente realizada dentro de un procedimiento de ejecución por deudas del vendedor-constructor[12].

Aunque exista mutua dependencia de las partes, ya que si el comprador incumple su obligación puede poner en serios apuros al vendedor, que carecerá de la liquidez suficiente para realizar los pagos a los intervinientes en la obra, a su vez, el comprador necesita adquirir una vivienda que, sólo puede pagar, fraccionando el precio y sin el coste que conlleva la financiación; sin embargo, la relación de fuerzas, entre ellos, no está

---

condición resolutoria; en este sentido, vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Transmisiones de bienes fraudulentas (Aspectos civiles y penales de la estafa impropia)*, Colex, Madrid, 1998, págs. 125 a 128.

[11] La aparición de un tercer hipotecario protegido por el artículo 34 LH, se contempla en la STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1912).

[12] La posición desventajosa en que se encuentra el comprador de vivienda o local a construir se deriva de lo siguiente: 1) el contrato se celebra en documento privado, sin intervención en él de funcionario que asesore oportunamente; sin ninguna publicidad; y con las insuficiencias propias, de promoverse litigio, de todo documento privado; 2) en cuanto al objeto, en el contrato no suelen determinarse con precisión las circunstancias del futuro piso; es más, se admiten modificaciones unilaterales por el constructor, al amparo de las necesidades propias de la construcción, no siempre bien justificadas. Una vez terminada la obra, la determinación del régimen, ordenanza, reglamento o estatuto de la futura comunidad de propietarios queda frecuentemente al arbitrio del constructor; 3) además, el comprador carece de medios rápidos y eficaces para exigir la entrega del piso en el plazo convenido; se encuentra inerme frente a los posibles acreedores del constructor, verdaderos terceros dotados de garantías de fuerza real sobre el inmueble; incluso, frente a los restantes copropietarios futuros, y de haberse constituido sobre el inmueble hipoteca u otro gravamen, en la que, expresa o tácitamente, se haya subrogado, el comprador puede verse afectado por la indivisibilidad de la garantía, de no haberse formalmente dividido, y soportar las onerosas consecuencias de la insolvencia de algunos de los copropietarios. En este sentido, GARCÍA-ARANGO DÍAZ SAAVEDRA, C., "La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción", *RCDI*, núm. 551, julio-agosto 1982, págs. 931-932.

equilibrada. Efectivamente, siendo el poder económico y social de la empresa constructora muy superior al del comprador, se verá éste, casi siempre, forzado a adherirse a las condiciones de un contrato redactado y pensado, por y para el promotor-vendedor.

Además, el vendedor goza necesariamente de plazo para la entrega, mientras que, por el contrario, el comprador inicia el cumplimiento inmediato de la prestación, de modo que, si no la totalidad del precio, una gran parte del mismo, se habrá satisfecho antes de entregar el vendedor el piso vendido, por lo que el comprador está concediendo crédito a la contraparte, ya que al adelantar su prestación, no hace sino financiar la adquisición de su deudor[13].

Como consecuencia del plazo, hay una parte que recibe, inmediatamente, la prestación debida, sin cumplir de modo actual lo que le incumbe, y, otra que sólo será satisfecha, después de haber cumplido y aumentado, con su prestación, el valor del patrimonio de su deudor. Es la parte que concede plazo a la otra, pero realiza su prestación con anterioridad, quien soporta el riesgo de incumplimiento y, por ello, quien necesita mayor protección jurídica.

3.- DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL PROPIETARIO-CEDENTE, Y EL ADQUIRENTE DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN O SIMPLEMENTE PROYECTADOS.

Si comparamos la situación del comprador de piso proyectado con la del propietario-cedente, en el contrato de cesión de suelo por edificación futura, podemos apreciar la distinta situación en que se encuentran[14], ya que, si bien, el cedente cumple íntegramente su prestación, entregando el solar mucho antes de que el cesionario-constructor cumpla la suya, lo cierto, es que su posición contractual implica mejor situación para negociar, dado que la existencia del edificio futuro pasa, necesariamente, por la adquisición del solar y el promotor necesita un bien, escaso en los pueblos y ciudades, que es el suelo y, tal necesidad, le lleva a que deba atender y aceptar, en mayor medida, los deseos o prioridades de quien le cede el solar.

---

[13] MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.ª D., *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pág. 384.

[14] En este sentido *vid*. LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 30.

A pesar de que las circunstancias que rodean ambas figuras no son idénticas, sin embargo, existe un paralelismo, entre el derecho que adquiere quien compra un piso o local, en régimen de propiedad horizontal, en un edificio a construir, cuando media escritura pública de compra[15] y, el derecho que retiene el dueño del solar, cuando lo transmite a un constructor, a cambio, de determinados pisos o locales que éste queda obligado a construir, en régimen de propiedad horizontal. En ambas situaciones, dado que cuando se suscribe el contrato, los pisos, como tales, no existen, surge la necesidad de determinar en qué momento se convierten en propietarios de los pisos o locales que les corresponden en el edificio a construir y qué tipo de derechos tienen sobre esos pisos o locales, en tanto, culmina la construcción de los mismos.

[15] Derecho que, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, califica de verdadero y actual derecho real sobre el solar, de tal forma que "la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local", a medida que avanzan las obras (en *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 67-68).

II.- TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA.

1.- LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES[16].

La principal forma de acceder a la vivienda es a través de la transmisión derivativa que se produce por la conjunción del contrato de compraventa, seguido de la tradición. La necesidad de determinar el momento en que se produce la adquisición de la propiedad, cuando el objeto es futuro, se plantea, de modo distinto, en los diferentes ordenamientos jurídicos dependiendo del sistema transmisivo.

---

[16] La alusión a este tema, se hará de forma muy simplificada, habida cuenta de que ha sido tratado profusamente por la doctrina española. Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al articulo 609 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VII, vol. 1º, dirigidos por el propio M. Albaladejo, Madrid, 1987, págs. 7 y ss.; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, págs. 72 y ss.; BADOSA COLL, F., *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1991, págs. 22 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., "La tradición como modo de adquirir la propiedad", en *RDP*, 1967, págs. 103-116; BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. 1º, 12ª reimpr., Madrid, 1984, págs. 247 y ss.; CALVO SORIANO, A., "Tradición y donación", en *AAMN*, t. III, 1946, págs. 403-443; COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, tomo 2º, vol. IV, *De los bienes y derechos reales principales*, con notas de Demófilo DE BUEN, 4ª ed. revisada por Pascual Marín Pérez y Justo José Gómez Isabel, Reus, Madrid, 1984, págs. 722 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", en *ADC*, fasc. II, 1966, págs. 555-573; ESPÍN CÁNOVAS, D., "La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español", en *RDP*, junio 1945, págs. 349-358; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, págs. 86 y ss.; GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, págs. 321 y ss.; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., "La teoría del título y el modo", págs. 289-303; "Desde la teoría del título y el modo al llamado principio del consentimiento", págs. 307-318; "La tradición de fincas en los instrumentos públicos", págs. 334-359; en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo I, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1948; HEDEMANN, J. W., *Tratado de Derecho Civil*, vol. II, *Derechos reales*, traducido por Díez Pastor y González Enríquez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 162 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. I, *Posesión y propiedad*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, págs. 216 y ss.; LALAGUNA, "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", en *RDP*, 1973, págs. 381 y ss.; MARÍN PÉREZ, P., "El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título y el modo", en *RCDI*, núm. 246, noviembre 1948, págs. 665-697; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Comentario al artículo 609 del Código civil", en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, tomo I, Madrid, 1993, págs. 1546 y ss.; MONTÉS PENADÉS, V., en AAVV, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1994, págs. 91 y ss.; MORENO QUESADA, B., en AAVV, *Curso de Derecho civil*, III, *Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, págs. 47-75; NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 30 y ss.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. I, *El derecho real. La posesión. La propiedad. Sus límites. Adquisición y pérdida. Ejercicio de acciones*, 3ª ed., Bosch, Barcelona,1989, págs. 292-313; ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, tomo I, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, págs. 335 y ss.; RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, págs. 103 y ss.

Fundamentalmente son tres, los sistemas que regulan la transmisión del dominio y de los derechos reales: el francés, de la transmisión consensual de la propiedad en virtud del pertinente contrato traslativo, conforme al art. 711 del *Code civil*, que dispone "la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite... y por efecto de las obligaciones", confirmado por el art. 1138, "la obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario..."; y el art. 1583, referente a la compraventa, que dice, "perfecta la venta entre las partes, la propiedad es adquirida de derecho por el comprador respecto del vendedor, desde que se ha convenido en la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado". El mismo sistema fue adoptado por Italia, en el Código de 1865, y por el vigente de 1942. La influencia también llegó hasta el proyecto de Código civil español de 1851.

Tiene, para nosotros, la gran ventaja de superar el problema posesorio de la *traditio,* vivo en la práctica, ya que, a pesar de su avanzada espiritualización, sigue sin ser aceptado por todos la posibilidad de que tenga lugar la tradición instrumental, cuando se trata de un tradens no poseedor. El sistema francés también presenta inconvenientes, como confundir el efecto obligacional con el efecto real, dado que el contrato es fuente de obligaciones y de los derechos reales, cuando el objeto de aquéllas son éstos, tienen grandes dificultades con los pactos de reserva de dominio, de tanta relevancia práctica, o bien, cuando el contrato recae sobre una cosa que no está individualizada o no existe, como ocurre con las cosas ajenas, las genéricas y las cosas futuras, no pudiendo, en tales casos, operar la transmisión.

En el sistema alemán, la *traditio* se concibe como un acuerdo traslativo abstracto o, voluntad concorde de transferente y adquirente, en la transmisión del dominio; diferenciándose, claramente, el negocio obligacional, del que únicamente surge un compromiso de actuación, del negocio real o dispositivo, que surge en el momento en que hay coincidencia de voluntad en entregar la cosa para transmitir su propiedad. Respecto de los muebles, el parágrafo 929 de su Código civil, exige para la transmisión de su propiedad que el propietario entregue la cosa al adquirente y el acuerdo de ambos de que la propiedad debe transmitirse, salvo, si éste está en posesión de la cosa, en cuyo caso, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad; y el 873, relativo a los inmuebles, que dice que para la transmisión de la propiedad de una finca, para su gravamen, así como, para la transmisión o constitución del gravamen, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la

producción de la modificación jurídica y, la inscripción de dicha modificación en el Registro, si la Ley no prescribe otra cosa. El parágrafo 925, exige que el acuerdo sea declarado ante la Oficina del Registro con asistencia simultánea de ambas partes. En materia de inmuebles, supera el problema traditorio y posesorio, sustituyendo la tradición o modo por la inscripción.

En nuestro Derecho, encontramos la consagración de la teoría del título y el modo en el artículo 609 CC, cuando se dice que "la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten (...) por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición". La idea anterior se refuerza cuando el artículo 1095 CC, establece 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". De modo, que parece decirse que la perfección del contrato crea la obligación de entregar la cosa, pero el derecho real no nace hasta que la cosa ha sido entregada. Son muy numerosas las sentencias del Tribunal Supremo[17] que reconocen el origen romano de la teoría del título y el modo, e, incluso, se hacen eco de la ruptura que, en este punto, marcó nuestro Código civil respecto al *Code civil* francés y el Proyecto de 1851. Y por plasmar dicho criterio en palabras del propio Tribunal, destacamos, por lo reciente, la sentencia de 14 de febrero de 2002 (RJ 1441), que proclama "que el Código civil, en cuanto a la adquisición del dominio, se basa en la teoría del título y el modo, conforme a la cual, a diferencia de los sistemas legislativos en los cuales la propiedad se transmite por el solo hecho del contrato, sin que la entrega de la cosa tenga otra trascendencia que la de facultar materialmente el ejercicio de los derechos dominicales, y como, inspirado en el sistema romano, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, sino es seguida de la tradición y, así se desprende de los artículos 609 y 1095, es decir, que sólo la composición de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re*. Asimismo es preciso constatar que de los contratos de compraventa sólo surgen acciones personales y, para poder acreditar la propiedad, con el fin de ejercitar los derechos correspondientes al dominio, se requiere la tradición, como se desprende de los artículos ya citados y de los preceptos 1461 a 1465 CC".

[17] SSTS de 18 de diciembre de 1978 (RJ 4683), 6 de febrero de 1990 (RJ 665), 15 de febrero de 1990 (RJ 687), 20 de octubre de 1990 (RJ 8029), 15 de junio de 1992 (RJ 5134), 27 de julio de 1993 (RJ 6278), 18 de febrero de 1995 (RJ 882), 17 de septiembre de 1996 (RJ 6723), 30 de mayo de 1997 (RJ 4328), 10 de julio de 1997 (RJ 5464), 9 de octubre de 1997 (RJ 7065).

El sistema consensual y el abstracto alemán tienen el mérito de eliminar un problema que se plantea en la teoría del título y el modo, acogida por nuestro Código civil, a causa de cargar el acento en el juego que desempeñó la posesión en la tradición, y aún no se ha evitado que, en algunos casos, siga desempeñando, contrariando el sentido jurídico, al impedir al propietario que no sea poseedor, ni mediata ni inmediatamente, transmitir su propiedad. Que el poseedor deslegitime al propietario para transmitir su derecho de propiedad es una incoherencia, que se debe a esa inercia de emparentar, íntimamente, tradición y posesión, cuando nuestro propio Código abre varios caminos para conservar la esencia de la tradición y superar, en esos supuestos, las contradicciones referidas, desenganchándola de la posesión.

2.- ADQUICION DE LA PROPIEDAD EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO: EL TÍTULO Y EL MODO.

Para la transmisión del dominio se requiere, por un lado, el título, que sería un contrato traslativo del dominio previo a la tradición, pues, según la opinión mayoritaria en el Derecho español, no basta con una intención abstracta de transmitir, sino que, la misma debe estar incluida en un contrato traslativo, ya que, lo que transmite los derechos reales, no es la tradición en sí, sino los contratos seguidos de la tradición.

De otro, debemos destacar la presencia del modo; decir que cuando hablamos de "modo", utilizamos la expresión[18] para referirnos a un requisito añadido al título para producir la transmisión, y no, como "modo de adquirir los derechos reales", en alusión a las diferentes formas de adquirir éstos que son aceptadas por nuestro Derecho. La tradición, a diferencia de los llamados modos de adquirir, como la sucesión hereditaria o la ocupación, no transmite, en el Derecho español, por sí sola la propiedad ni los demás derechos reales, sino que, es necesario un previo contrato traslativo que justifique esa adquisición. Por tanto, la tradición no es un modo de adquirir, sino un elemento integrante de un mecanismo más amplio[19], el título junto con el modo que, conjuntamente, sí constituyen "modo de adquirir". Modo es, por lo tanto, el acto jurídico que ha de

[18] BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., "La tradición como modo de adquirir la propiedad", en *RDP*, 1967, pág. 104.

[19] Como bien dice DÍEZ-PICAZO, el hecho adquisitivo o modos de adquirir (es decir, aquellos hechos jurídicos, que enumera el artículo 609 CC, cuyo efecto consiste en la creación de una relación jurídico-real, perteneciendo al terreno de los hechos constitutivos y adquisitivos de derechos) no es un hecho simple o escueto, sino un supuesto complejo de formación progresiva que puede atravesar por diferentes fases o vicisitudes. Por ello resulta más gráfico hablar de un fenómeno adquisitivo o de un mecanismo de adquisición (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 760).

acompañar al título, sin cuya existencia no es posible la adquisición de la propiedad. De esta manera, en el fenómenos adquisitivo existen dos fases, según nuestro sistema jurídico: una primera, que se ve cumplida con la celebración del contrato con virtualidad transmisiva, con el que el futuro adquirente incluye en su patrimonio un derecho de crédito, de acuerdo con el cual puede exigir al futuro transmitente que le transmita el derecho real. En esta primera etapa, nos movemos en el ámbito propio del derecho de obligaciones; hasta que no se produce la *traditio* no entramos en el de los derechos reales.

A la tradición se refiere el art. 609 CC, como una de las maneras de transmitir la propiedad y los demás derechos reales, cuando se produce "por consecuencia de ciertos contratos". Por consiguiente, se trata de la entrega de una cosa con la intención de transmitir su propiedad a quien la recibe, en cumplimiento de lo convenido entre las partes. Nadie transmite por puro azar[20] y, por tanto, la tradición ha de ser, esencialmente, un acto causal, es decir, ha de manifestarse como consecuencia de lo querido acerca de una transmisión. Por tanto, responde al concepto de pago en sentido amplio, como *solutio* de una obligación preexistente o asumida, de manera coetánea, con el acto que se ejecuta con la tradición o entrega. En este sentido, ha de entenderse el concepto de causa de la tradición[21].

Ahora bien, la *traditio* no significa, simplemente, el cumplimiento de una obligación, pese a la falta de sistemática del Código civil, al regularla dentro de las normas que disciplinan la obligación de entrega del vendedor, sino, algo más, un "plus" añadido al contrato para que se produzca el efecto traslativo[22]. La doctrina y la jurisprudencia

[20] La entrega puede realizarse por múltiples razones, por ello se ha dicho que la tradición, en sí misma, es un hecho incoloro, pues no es mas que la entrega de una cosa de una persona a otra. La tradición es una institución absolutamente neutral en el ámbito de la eficacia, es decir, la tendrá real cuando vaya precedida de ciertos contratos (transmisivos, como la venta, la renta vitalicia); y no, cuando el contrato precedente sea otro (contrato de arrendamiento): LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil* III. *Derechos reales,* vol. I, *posesión y propiedad,* 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pág. 227.

[21] En este sentido, vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, pág. 292.

[22] Los contratos traslativos o constitutivos de derechos reales no requieren, en principio, y en cuanto contratos productores de obligaciones, forma especial y, en su caso, tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 1280 en relación con el 1279 del Código civil. Ahora bien, precisa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que de acuerdo con la teoría del título y el modo, para que el contrato produzca efectos reales (tales como la transmisión del dominio, o la constitución o transmisión de un derecho real), se requiere cumplir con un requisito más: la tradición o entrega. Desde el punto de vista de los requisitos del negocio traslativo, la tradición tiene el significado de una forma esencial. Dada la trascendencia general del cambio que significa el que el comprador, permutante, etc., pase a tener, en lugar de un derecho de crédito, el derecho real, es por ello que el Derecho ha querido que tal trascendencia real se produzca sólo cuando se

mayoritaria parecen consideran la tradición como requisito *sine qua non* en el iter transmisivo. Sin embargo, la cuestión se complica en la práctica, cuando la tradición instrumental (art. 1462.2 CC) se ha convertido en un uso generalizado, lo que ha provocado, en la conciencia jurídica general, la asociación de la voluntad del transmitente de obligarse a transmitir con la voluntad de transmisión efectiva, reuniendo el negocio causal la doble función de acuerdo obligacional y acuerdo real.

Además, como tendremos ocasión de ver, la exigencia de tradición puede provocar situaciones injustas, con los futuros adquirentes de viviendas en construcción, que no han visto consumado el proceso adquisitivo por disponer, meramente, de un contrato privado de compraventa. En esta situación, la necesidad de tradición puede llegar a significar una auténtica expropiación[23] de los derechos del comprador a favor de los acreedores del vendedor, sobre todo, cuando éste se encuentra en situación de insolvencia.

Los requisitos para que opere la eficacia traslativa de la tradición son, la existencia de un título o contrato de virtud traslativa[24], que el transmitente sea propietario y tenga poder de disposición sobre la cosa. Respecto a que el tradens sea, además, poseedor de la cosa, se trata de una cuestión que plantea interesantes problemas.

A) La existencia de un contrato o título traslativo.

El título de transmisión que da lugar a la traslación del dominio y de los derechos reales ha de ser uno de los llamados contratos transmisivos o contratos de cambio. Estos son, fundamentalmente, el contrato de compraventa, con todas sus variantes, el contrato de permuta y el contrato de transacción, aunque caben una serie de contratos innominados[25], que responden a una conjunción de prestaciones *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, etc. Entran, así en juego, una serie de relaciones socialmente más o menos tipificadas, en que el propósito de las partes es trasladar o transmitir la cosa, a cambio de precio, a cambio de

---

cumpla esa forma especial. (vid. *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 100).

[23] Es el caso de CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la Sentencia de 9 de marzo de 1994", en *CCJC*, núm. 35, 1994, págs. 687 y ss.

[24] En este sentido vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "El Registro de la Propiedad y la adquisición de la propiedad", en *RdP*, núm. 1, 1998, págs. 46 y ss.

[25] No establece el Tribunal Supremo una lista de contratos traslativos que han de ir seguidos de la tradición para provocar la transmisión del derecho real. Encontramos que también se exige tal requisito en las adquisiciones que tengan su origen en la permuta (SSTS 17 de noviembre de 1988 [RJ 8603], 2 de marzo de 1991 [RJ 1711]), en la cesión de solar a cambio de pisos (SSTS 2 de febrero de 1991 [RJ 699], 15 de junio de 1992 [RJ 5134], 18 de mayo de 1994 [RJ 4094]), en la renta vitalicia (STS 12 de marzo de 1987 [RJ 434]).

otra cosa, o a cambio de ciertos servicios o prestaciones de hacer. Pertenecen, también, al género de los contratos transmisivos, las adjudicaciones en pago o para pago y las derivadas de los sistemas de enajenación coactiva, producidas como efecto de un procedimiento de reclamación de créditos, declarativo, ejecutivo o especial (como el llamado judicial sumario de la Ley hipotecaria, o bien la ejecución extrajudicial de las hipotecas). En el lenguaje usual, se suele asimilar estos supuestos a una compraventa, si bien, señalando su carácter forzoso[26].

El contrato, por antonomasia, que se considera de virtud traslativa, es la compraventa que, además, es causa de la transmisión de la propiedad por tradición si el tradente es propietario y tiene poder de disposición[27].

B) Propiedad y poder de disposición en el tradens.

Para transmitir un derecho se debe tener la titularidad del mismo y estar legitimado para transmitirlo. La necesidad de este requisito se expresa con el aforismo extraído de las fuentes romanas, *nemo dat quod non habet*, o, *nemo plus iuris ad allium transferre potest quam ipse habet*; es decir, nadie puede transmitir lo que no tiene. Frente a esta regla general, la excepción viene representada por la adquisiciones a *non domino*. De forma que, si el tradens no propietario realiza la tradición, sólo podrá transmitir aquello que tiene, la posesión, y no, la propiedad, con independencia de la posible protección que al adquirente de buena fe le proporcione el ordenamiento jurídico.

No sólo es necesaria, para la adquisición de la propiedad, la preexistencia de ésta en el transmitente, como regla general, sino, también, que no tenga recortado su poder de disposición. El poder de disposición corresponde al propietario (art. 348 CC), pero, puede carecer de él si, por ejemplo, pesa sobre el mismo una prohibición de disponer eficaz. El poder de disposición, no debe confundirse con la capacidad (el artículo 1160 CC, habla de capacidad para enajenar y de libre disposición). El menor emancipado puede tener limitada

[26] Vid. MONTÉS PENADÉS, V., en AAVV, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1994, págs. 109-110.

[27] Los contratos traslativos también son títulos de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles (art. 1953 CC), y causa de la adquisición a *non domino* instantánea que se produce cuando entra en juego el artículo 34 LH y el artículo 464 CC (en materia de bienes muebles y de acuerdo con la interpretación germanista que se hace del mismo). En los casos anteriores el contrato de virtud traslativa ha de ser válido, pues, el único defecto que purga la usucapión ordinaria y la fe pública registral, es la ineficacia de la transmisión que se produce por intervenir un no-propietario, o un propietario sin poder de disposición suficiente.

su capacidad de disposición, pero, no se podría decir que, como propietario, carezca de poder de disposición como facultad integrante de su derecho, que puede ejercitar con la asistencia de ciertas personas. La falta de capacidad plantea problemas distintos a los que origina la falta de poder de disposición. Cuando falta la propiedad o el poder de disposición del transmitente se produce la ineficacia de la transmisión, pero, el contrato entre comprador y vendedor no se ve afectado por esa falta, será válido siempre que reúna los requisitos para ello (art. 1261 CC).

Este requisito afecta a la transmisión, como conjunto o acto complejo, o, si se prefiere, al efecto traslativo de la tradición, pero no a la validez del contrato. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que la venta de cosa ajena es válida, es por ello que no compartimos cierta jurisprudencia[28] que estima nula la venta de una cosa ajena por falta de objeto, pues, el hecho de que este objeto no sea del vendedor, no significa que no exista o sea ilícito su comercio. La venta de cosa ajena no excluye la validez del contrato y, por tanto, los efectos obligacionales de éste, si bien, los efectos reales del mismo sí están supeditados a que el vendedor sea efectivamente propietario.

En nuestro Ordenamiento no cabe desconocer las semejanzas que se dan entre la venta de cosa futura y la venta de cosa ajena, no sólo por la tendencia doctrinal a considerar cosas futuras también las que existen, pero, no pueden ser objeto de negocio dispositivo por quien las vende, sino, también, porque dada la naturaleza obligacional de la compraventa, ambos contratos funcionan de modo similar; se perfeccionan, pese a que la cosa vendida sea de otro; obligan, desde ese momento, a entregar y, previamente, a hacer lo necesario para que la cosa tenga existencia o ingrese en el patrimonio del vendedor y, el efecto traslativo queda pendiente de que tales inciertos sucesos futuros se produzcan. No obstante, consideramos que la compraventa de cosa ajena tiene entidad suficiente para merecer un tratamiento autónomo, no siendo conveniente extender, desmedidamente, los límites conceptuales de la compraventa de cosa futura y, mantener separados los contratos, aunque sin olvidar la gran semejanza que entre ellos existe. Lo dicho anteriormente tiene sentido siempre que partamos de un concepto amplio de cosa futura, ya que las cosas ajenas o *nullius* están *in rerum natura* y lo futuro no es su sustancia orgánica, sino el derecho del vendedor sobre ellas, el poder o facultad de disposición que ha de tener quien

[28] SSTS de 11 de abril de 1992 (RJ 3096), de 25 de marzo de 1994 (RJ 2535).

enajena para que el contrato, válido y, además, eficaz en su contenido obligatorio, produzca la alteración patrimonial prevista por las partes.

La admisión de la validez de la venta de cosa ajena supone partir de la separación entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas. Los efectos reales requieren la propiedad y el poder de disposición del transmitente, los efectos obligacionales no. Para contraer obligaciones en nombre propio no es precisa una especial legitimación respecto a un objeto, sino que lo necesario es tener capacidad de obrar. Para disponer de un derecho sobre un objeto es necesario tener legitimación, bien por ser titular, bien con contar con poder de representación o con la autorización del titular.

C) El requisito de la posesión en el tradens.

El instituto de la tradición viene a cumplir distintas funciones en nuestro sistema[29]: como instrumento de transmisión posesoria (*traditio* posesoria) y como modo de transmitir la propiedad u otro derecho real (*traditio* traslativa). La tradición también produce el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor[30]. Hay que reconocer la estrecha relación entre los tres conceptos, que, muy frecuentemente, coincidirán en la práctica, pues, mediante una conducta, un realizar el acto material de entrega, habitualmente, se cumple la tradición como modo, es decir, se produce la mutación jurídico-real y, finalmente, la concurrencia de entrega y mutación jurídico-real, extingue las obligaciones del vendedor, que surgían del contrato, que queda cumplido[31].

A esa estrecha relación se une, como factor deformante, la aparente regulación de los tres aspectos de forma conjunta en el Código civil, en sede de cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor. El legislador no contempla una regulación específica de la tradición traslativa del dominio, es más, regula las formas de tradición con ocasión de la obligación de entrega en la compraventa. De esta forma, se confunde la obligación de entrega del vendedor, con las formas de tradición traslativa del dominio, algunas de las cuales no requieren la transmisión de la posesión de la cosa, y ello, a pesar de estar

[29] CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 262.

[30] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "El Registro de la Propiedad y la adquisición de la propiedad", en *RdP*, núm. 1, 1998, pág. 51.

[31] BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 77-78.

reguladas al tratar de la obligación de entrega del vendedor[32]. Es el caso de la tradición instrumental del artículo 1462.2 CC.

La principal cuestión que plantea la tradición instrumental es, si resulta necesario para que el otorgamiento de la escritura pública produzca efectos traditorios, además, de la condición de dueño del tradens, que éste sea poseedor de la cosa vendida.

El tradens propietario puede encontrarse en cuatro situaciones distintas: como poseedor inmediato, como poseedor mediato, y las dos situaciones posibles del despojado: como poseedor de derecho (durante un año que dura la posesión incorporal del despojado, art. 460.4 CC) y como propietario sin posesión, ni como hecho ni de derecho, aunque siempre por definición conserve el derecho a poseer, integrado dentro de las facultades derivadas de su propiedad. El caso del propietario poseedor inmediato no ofrece dudas, transmite su posesión y su propiedad simultáneamente al adquirente mediante la entrega de la cosa, a la que se asimilaría la escritura pública. Respecto del propietario poseedor mediato, tampoco parece plantear problemas, en cualquier caso, es necesario que así sea si no se quiere provocar incomodidades injustificadas en multitud de supuestos, además, la *traditio brevi manu* es un fenómeno de transmisión de la posesión por un propietario poseedor mediato (STS 27 de abril de 1984 [RJ 1973]). En conclusión, la tradición no pierde su concepto de traspaso posesorio cuando es inmaterial en los casos de transmisión de la posesión mediata, lo que equivale a afirmar que existe transmisión de la posesión incluso en los casos en que la cosa no pasa materialmente del tradens al accipiens. El supuesto más conflictivo es el del vendedor que ha perdido la posesión, el tradens que no tiene la posesión de la cosa ni como hecho ni como derecho.

La doctrina está dividida entre quienes propugnan el entendimiento de la tradición instrumental como un simple instrumento o mecanismo que facilita el cumplimiento del requisito de entrega de la posesión a efectos traditorios, es por ello que se exigirá en el tradens la condición de poseedor, mediato o inmediato, negándosela al *dominus* despojado del art. 460.4 CC; y los que la consideran como una forma especial, un modo que sustituye, en caso necesario, la efectiva entrega de la posesión a efectos transmisivos de la propiedad, lo que supone no requerir para el tradens la condición de poseedor, pudiendo el dueño despojado transferir la titularidad de su derecho a través de la tradición instrumental. En

[32] CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de...*, op. cit., pág. 267.

tales supuestos, en los que se admite la posibilidad de que la *traditio* la realice un transmitente no poseedor, se piensa en situaciones en las que el transmitente se ha visto privado de la posesión o el bien está en poder de un tercero, es decir, supuestos en que el transmitente se encuentra en una situación de falta de posesión, pero es posible la posesión física del bien, lo cual no ocurre en el caso de los bienes futuros. Ahora bien, no consideramos que un piso en construcción se pueda considerar como una cosa futura.

a) Escritura pública y transmisión de la posesión.

De acuerdo con la ubicación sistemática de los artículos 1462 a 1464 del Código civil, las formas de entrega que recoge nuestro Derecho se refieren a maneras de cumplir con la obligación de entrega y, en ese sentido, sólo pueden ser concebidas como medios de traspaso posesorio. Es por ello, que el otorgamiento de la escritura pública o la tradición instrumental, para poder producir la transmisión de la posesión, requiere que el vendedor sea poseedor, pues si no lo es, no puede entenderse transmitida una posesión de la que se carece.

No nos cabe la menor duda que es imposible admitir que con el otorgamiento de la escritura pública se transmita la posesión material de la cosa, ya que esto es un hecho que no puede ser producido por una ficción legal[33]. Lo cual no impide entender[34] si el tradens es poseedor de la cosa, el otorgamiento de escritura transmitirá la posesión mediata de la misma, bien por existir un constituto posesorio tácito[35], o simplemente porque el artículo 1462.2 CC, le otorga ese valor de entrega, pero, en todo caso, produciéndose una transmisión posesoria similar a la del constituto posesorio, con un adquirente de la posesión mediata y un tradens que invierte o cambia el concepto en el que posee, pasando de ser poseedor a título de dueño a mero precarista (salvo que en la escritura se haya

[33] Siguiendo, en este tema a NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 162 y ss.

[34] CLEMENTE MEORO, M., *El acreedor de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 202; GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", op. cit., pág. 202; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1995, pág. 290; NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, op. cit., pág. 162; BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, op. cit., págs. 137 y ss; también las. SSTS de 30 de marzo de 1903 (JC 97), 25 de marzo de 1994 (RJ 2535).

[35] Como dice el profesor ALBALADEJO, "normalmente la tradición instrumental, es un caso de constituto posesorio porque el otorgamiento de la escritura pública transfiere al adquirente la posesión como derecho, ya que la tenencia material continúa estando en manos del enajenante hasta que se dé la cosa efectivamente a aquél, que sólo en ese momento adquiere la posesión como hecho" (vid. *Derecho civil* III. *Derecho de bienes*, vol. 1º, *parte general y derecho de propiedad*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, pág. 154).

pactado que el tradens conserve la posesión en otro concepto, posesión en concepto de aparcero, arrendatario, usufructuario, etc.).

Este efecto sólo puede dejar de producirse cuando de los términos de la escritura se desprenda que otra ha sido la voluntad de las partes. Lo que significa que no va a afectar a esta transmisión el hecho de que el vendedor todavía conserve físicamente la cosa. De manera, que si el vendedor era poseedor en el momento del otorgamiento de la escritura pública, se habrá transmitido la posesión en concepto de dueño a favor del adquirente y el vendedor queda convertido en un mero precarista, de manera que ni él, ni un tercero podrán oponerse a una reclamación del comprador sobre la base de la falta de tradición[36].

Si el propietario no es poseedor inmediato y sí lo es mediato, podrá transmitir esta posesión de la misma forma que en el supuesto anterior. Así se consigue que el propietario que tiene la cosa arrendada o sólo tiene la nuda propiedad sobre ella, pueda transmitir su propiedad, al poder cumplir con el requisito de la tradición sin necesidad de entregar la cosa físicamente.

En aquellos casos en que el vendedor no sea poseedor a título de dueño en el momento de la venta, no habrá podido transmitir algo que no tiene y, por tanto, no podrá ser considerado poseedor el comprador. Los supuestos de hecho de que se ocupan las sentencias recaídas sobre este tema[37], son casos en los que hay un tercero poseedor. El supuesto de hecho prototípico es el del comprador que, habiendo comprado en escritura pública se encuentra con que hay un tercero poseyendo y decide dirigirse directamente contra él ejercitando una acción de desahucio. Lógicamente el tercero puede destruir fácilmente la pretensión del actor alegando que nunca ha sido poseedor y que el artículo 1462.2 no puede ser interpretado en términos tan absolutos que haga adquirir la posesión a una persona de quien no la tiene.

---

[36] Son numerosas las SSTS que ponen de manifiesto, que cuando el vendedor tiene la posesión inmediata o mediata, el otorgamiento de la escritura pública produce la transmisión de la posesión mediata a favor del comprador, considerando al *accipiens* por tradición instrumental como legitimado para ejercer la acción de desahucio contra el vendedor: es el caso de la SSTS de 22 de noviembre de 1910 (JC 82), 7 de octubre de 1914 (JC 74), 28 de enero de 1916 (JC 65), 23 de febrero de 1951 (JC 267), 31 de octubre de 1951 (RJ 2364), 4 de febrero de 1960 (JC 61), 28 de febrero de 1968 (RJ 1389), 18 de abril de 1974 (RJ 1665), 10 de diciembre de 1991 (RJ 8928). Un extracto de los fundamentos de las resoluciones citadas puede verse en CLEMENTE MEORO, M., *El acreedor de dominio*, op. cit., págs. 202 a 206.

[37] Algunas de las SSTS en las que se recoge la doctrina de que la tradición instrumental equivale a la entrega en la medida en que el vendedor es poseedor, pues si no lo es, no puede entenderse transmitida una posesión de la que se carece, especialmente, a efectos de legitimación activa en materia de desahucios, son las siguientes: de 30 de marzo de 1903 (JC 97), 29 de mayo de 1906 (JC 63), 2 de abril de 1957 (JC 281). Vid. en CLEMENTE MEORO, M., *El acreedor de dominio*, op. cit., págs. 215 a 218.

Por eso, lo que esas sentencias quieren indicar es que si el *tradens* no es poseedor, no podrá entenderse realizada la transmisión de la posesión, por lo que la equivalencia, en este punto, sólo puede considerarse una presunción. Pero eso no significa que cuando el vendedor es poseedor, también deba entenderse como una presunción en el sentido de que el mero hecho de que el vendedor siga conservando la tenencia de la cosa pueda servir para destruir la presunción del artículo 1462.2 CC[38].

Esta idea ya la puso de manifiesto el profesor ALBALADEJO[39], cuando explicaba la jurisprudencia que exige que el *tradens* sea poseedor. Dichas sentencias se refieren a juicios de desahucio y como el artículo 1564 de la Ley de enjuiciamiento civil exige la posesión real de la finca para estar legitimado para pedir el desahucio, hay, por tanto, que ser poseedor (al menos de la posesión mediata, pues la tenencia material la tiene la persona a quien se pretende desahuciar). Es por eso, que el Tribunal Supremo niega la legitimación activa para el desahucio a las personas que, aunque recibieron la tradición instrumental, ésta fue sin transmisión de la posesión. Explica ALBALADEJO que el Tribunal Supremo, queriendo significar que denegaba el desahucio porque no había posesión del desahuciante, pues a pesar de haber habido tradición instrumental, ésta no había transmitido posesión alguna, dijo que no había tradición instrumental, porque la tradición por el otorgamiento de la escritura pública, es decir, la tradición instrumental, es simplemente una presunción que establece la Ley, pero que se deshace si se prueba que realmente no hubo entrega de la posesión es decir, tradición transmisiva de la posesión.

b) Escritura pública como modo en la transmisión de la propiedad.

Sin embargo, nuestro Código civil también exige la tradición para la transmisión de derechos reales, pero a diferencia de lo que ocurre con la tradición como entrega o cumplimiento de una obligación, nuestro texto legal no contiene normas que regulen la manera de cumplir esa tradición. Se soluciona esta carencia aplicando las normas de la entrega, por ser la tradición una entrega. Pero el carácter imprescindible de la posesión, que tenía sentido al considerar la tradición como una forma de entrega, no lo tiene ya tanto,

[38] Así el Tribunal Supremo ha declarado que la presunción que establece el artículo 1462.2 no queda desvirtuada cuando es el propio vendedor o sus causahabientes quienes continúan en la posesión del bien vendido, de manera que si el vendedor era poseedor en el momento del otorgamiento de la escritura, hubo tradición al comprador, que aunque no posea de forma inmediata, lo hace de manera mediata: SSTS de 22 de noviembre de 1910 (JC 82), 7 de octubre de 1914 (JC 74), 28 de enero de 1916 (JC 65), 23 de febrero de 1951 (RJ 267), 31 de octubre de 1951 (RJ 2364), 4 de febrero de 1960 (JC 61), 28 de febrero de 1968 (RJ 1389), 18 de abril de 1974 (RJ 1665).

[39] ALBALADEJO, M., *Derecho civil* III, vol. 1º,op. cit., págs. 152-153.

cuando hablamos de la tradición como requisito de transmisión de los derechos reales. Porque una cosa es que el Derecho supedite la transmisión de los derechos reales a que se transmita la posesión de los mismos cuando se tiene, y otra muy distinta, que impida al que no puede realizar ese traspaso posesorio enajenar su derecho real[40].

Un amplio sector de la doctrina[41], que podríamos calificar de tradicional, concibe la tradición instrumental en términos de traspaso posesorio y considera que para que la misma tenga la consideración de modo, sigue siendo necesario que el tradens sea poseedor. Se apoya en un argumento lógico que se desprende de los articulo 609 y 1095 CC, que exigen la tradición para la transmisión de los derechos reales, y dado que ésta se define como el traspaso de la posesión con ánimo de transmitir la titularidad sobre el bien, sólo se podrá dar dicho traspaso posesorio si el tradens es poseedor. Muy ilustrativas de esta posición son las palabras de MARTÍNEZ RADIO[42] "si la tradición es, ante todo y sobre todo, una transmisión de la posesión, sólo podrá transferir por tradición -real, simbólica o ficta- quien tenga la posesión. Evidentemente, el dueño sin posesión sigue siendo dueño y podrá transmitir por sucesión testada o intestada, pero para transmitir por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, es menester que disponga de los medios para que esa tradición pueda efectuarse, o sea que es necesario que pueda transmitir la posesión, y para esto, lógicamente, es preciso que sea poseedor, que tenga la posesión, porque *nemo dat quod non habet*. La tradición instrumental produce los mismos efectos que la real o material. Pero para que desarrolle toda su eficacia es menester que no haya obstáculos jurídicos que hubieran impedido la tradición real y material. La tradición instrumental es una *traditio ficta*, no real, pero que como todas las ficciones, está supeditada a

---

[40] NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 195.

[41] También exige la condición de poseedor en el *tradens* para que la propiedad se transmita por el art. 1462.2 CC: CASTÁN, *Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1941, pág. 434; FERNÁNDEZ ARROYO, "Comentario a la sentencia del TS de 3 de marzo de 1994", *CCJC.*, núm. 35, 1994, pág. 664; MORALES MORENO, M., *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, pág. 263; HERMIDA LINARES, "La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles", *RCDI*, 1966, pág. 1420; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, t. III, vol. I, Madrid, pág. 149; SANZ FERNANDEZ, A., "Un aspecto de la fe pública registral", *RDP*, 1945, pág. 227; MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, pág. 201; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988", en *CCJC*, núm. 18, septiembre-diciembre 1988, pág. 822; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª D., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1995", en *CCJC*, núm. 39, 1995, pág. 1178.

[42] DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, A., "La tradición en la transmisión de los derechos reales", en *Revista de Derecho español y americano*, 1964, págs. 53 y ss; también FONT BOIX, V., "La propiedad inmobiliaria urbana en el mundo actual: adquisición, protección y limitaciones", (XII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1973), en *Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1975, págs. 800 y ss.

determinadas limitaciones. Así, por ejemplo, en la *longa manu* el mero señalamiento de la finca no implica tradición cuando el transmitente no posea la finca por haber perdido la posesión. La *longa manu* presupone que no hay obstáculo jurídico, ni de mero hecho, en la toma real de posesión; entonces facilita la entrega excusando la llegada a la finca y la efectuación de la toma de posesión material. En definitiva, si la tradición real no pudiera verificarse por existir algún obstáculo de tipo jurídico o por requerirse el inexcusable cumplimiento de formalidades legales, parece lógico que la ficción, esto es, la tradición instrumental, tampoco tenga efectividad, y que, consiguientemente, el otorgamiento de la escritura no equivalga a la entrega ".

Sin embargo, muchos de los autores actuales[43] defienden la posibilidad de que, incluso cuando el tradens no sea poseedor, el hecho de otorgar la escritura pública hace al comprador adquirir la propiedad aunque no adquiera la posesión[44]. La tradición instrumental es algo más que una simplificación de la entrega posesoria, tal y como afirma el profesor LACRUZ[45], al decir que "el artículo 1462.2 no es una forma de tradición, sino un equivalente[46] suyo. En lugar de la entrega se pone otro acto distinto pero igualmente capaz

[43] Cosa distinta es que siendo el vendedor dueño no poseedor se transmita la propiedad por tradición instrumental y, sin embargo, por carecer el vendedor de posesión (mediata o inmediata) no se entienda cumplido el contrato de compraventa, pues, la obligación del vendedor no lo es de transmitir la propiedad sino de transmitir la posesión y garantizar que sea pacífica. En este sentido: ALBALADEJO, M., *Derecho civil* III, vol. 1º, op. cit., pág. 152; CALVO SORIANO, "La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público", *Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. 2ª, vol. 1º, Madrid, 1962, pág. 451; ROCA TRÍAS, "La relación entre la posesión y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, 1979, pág. 38; GÓMEZ GÓMEZ, "Inscripción y tradición", *RCDI*, 1958, pág. 238; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, op. cit., págs. 102 a 105; DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, 1995, pág. 795; GARCIA CANTERO, "Comentario al artículo 1462 CC", en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 912, CLEMENTE MEORO, M., *El acreedor de dominio*, op. cit., pág. 232; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988, págs. 666-667. NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, op. cit., págs. 191 a 196; CUENA CASAS, M., "Tradición instrumental y posesión del tradens (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1995. Caso del Castillo de Calatrava)", en *RJN*, octubre-diciembre 1995, págs. 313-340

[44] También se establece que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida en las siguientes SSTS: 22 de diciembre de 2000 (RJ 10136), 29 de mayo de 1997 (RJ 4327), 7 de febrero de 1985 (RJ 538), 17 de diciembre de 1984 (RJ 6286), 8 de julio de 1983 (RJ 4122).

[45] LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de derecho civil*, III, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 231. También ALBALADEJO, M., *Derecho civil* III, vol. 1º,op. cit., pág. 154.

[46] Para CALVO SORIANO, la palabra "equivalencia", significa igualdad en el valor, potencia o eficacia de dos o más cosas. Para la Ley, la eficacia dispositiva o real que las partes persiguen en el correspondiente negocio jurídico, se consigue con igual valor, potencia o eficacia sea a través de la entrega posesoria o real, o bien por el otorgamiento de escritura pública. La equivalencia a que se refiere el art. 1462.2 no lo es a la entrega posesoria, sino a la tradición del art. 609 CC,"siempre que de la escritura no resultare o se dedujere lo contrario", es decir, que, por ejemplo no se haya pactado una reserva de dominio. (vid. CALVO SORIANO, A., "La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público", en op. cit., pág. 463).

de satisfacer la exigencia de que haya un modo transmisivo, quedando alterado el sentido literal del articulo 609 por cuanto al lado de la tradición, se admite en calidad de modo, la forma de escritura pública que sirve de vehículo a la justa causa. Este ulterior modo no es posesorio, a diferencia de la tradición no confiere necesariamente la posesión de la cosa y, sí sólo el dominio o derecho real limitado. Así, no se identifica con la obligación fundamental del vendedor de facilitar el *habere licere* de la cosa. Por consiguiente, el otorgamiento de la escritura pública no hace innecesaria la entrega, que debe subseguirle y, que puede ser suspendida por el tradens, por ejemplo en el supuesto del artículo 1467 CC".

Para GARCÍA-BERNARDO LANDETA[47], la tradición instrumental regulada en el artículo 1462.2 CC es una tradición distinta de la posesoria, tanto de la real del párrafo primero de este artículo (poner la cosa en poder y posesión del adquirente), como de la fingida que actúa por un cambio en el *animus possidendi* (*brevi manu* y *constitutum possessorium*) o en la de la presentación y descripción de la finca (*longa manu*) y de la simbólica, porque el otorgamiento de la escritura no es un elemento que represente la finca, como las llaves del piso vendido, o el terrón del predio rústico, incluso el documento donde se contiene el título adquisitivo de la finca, pues todos estos símbolos son, en cierto modo, parte de ella y la representan. El otorgamiento es el consentimiento que prestan comprador y vendedor, transferente y adquirente, al contrato traslativo del dominio o derecho real y que por disposición del art. 1462.2, se convierte en tradición instrumental o modo, siendo un elemento natural de los contratos traslativos del dominio o de los derechos reales, otorgados en escritura pública.

Son muchos los argumentos dados para defender la equivalencia del otorgamiento de escritura pública a la tradición. Uno de ellos es acudir a la facultad de disposición del propietario. El hecho de que el propietario haya perdido la posesión no ha de impedirle transmitir por contrato su dominio, en las mismas condiciones en que lo tiene, pues de otra manera se establecería una limitación a la transmisibilidad del dominio difícilmente admisible[48]. El propietario desposeído no por eso deja de serlo, ni carece de la facultad de enajenar, por tanto si puede ser propietario y cedente sin posesión, podrá transferir la propiedad tal y como la tiene, o sea, sin posesión, sin que por eso pueda negarse respecto al cesionario que sea propietario, como no podría negarse respecto al transferente antes de la

[47] Vid. "Escritura pública, tradición instrumental e inscripción registral", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 39, julio-septiembre 2001, pág. 118.

[48] ALBALADEJO, M., *Derecho civil* III, vol. 1º,op. cit., pág. 162.

transmisión. Lo que ciertamente constituye un obstáculo jurídico a la tradición como modo de adquirir en cualquiera de sus formas y no sólo la instrumental, es la ausencia de poder de disposición del tradens que imposibilita la realización de la tradición traslativa del dominio: un tradens no dueño, aunque poseedor, no realiza la tradición, sino una mera entrega posesoria[49]. La imposibilidad de transmitir la posesión es un obstáculo jurídico si se entiende que la tradición es, ante todo y sobre todo, una transmisión de posesión, es decir, si se considera que la transmisión posesoria resulta ser un requisito necesario de la tradición traslativa del dominio, posición mantenida por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO. Para transmitir la propiedad o el derecho real se requiere la condición de titular en el *dominus* y éste es el campo de aplicación de la máxima *nemo dat quod non habet*, la cual será aplicable a la posesión cuando sea ésta el objeto de la transmisión. De lo contrario, es decir, de exigir la condición de poseedor en el tradens, se hace inalienable el derecho de propiedad de cualquier no poseedor.

La propiedad comporta el derecho a disponer de su objeto (*arg*. art. 348 CC), salvo que una Ley lo haga indisponible, lo cual no es de presumir en la línea ideológica del Código civil, contrario a las vinculaciones[50]. Además es necesario recalcar el valor del poder de disposición en el proceso de transmisión del derecho real, de hecho, el auténtico obstáculo a la tradición, en general, no es la falta de posesión sino la ausencia de poder de disposición en el tradens. Y no parece razonable limitar el ejercicio de la facultad de disposición con base en una cuestión meramente formal[51].

También se ha argumentado la posibilidad de transmitir derechos reales por otros medios derivativamente. En esta línea, se ha señalado que el que en otros procedimientos de adquisición derivativa no se exija la tradición –el caso de las liberalidades *inter vivos*[52]

---

[49] CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición...*, op. cit., pág. 269.

[50] BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, op. cit., págs. 132-133; también DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993, págs. 262-263. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil* III, vol. I, op. cit., pág. 233.

[51] CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 269.

[52] En este sentido BERCOVITZ ÁLVAREZ, ve como la transmisión de la propiedad por donación no resulta obstaculizada por la ausencia de posesión en el donante. Es más, en el caso de bienes inmuebles, la validez de la donación requiere el otorgamiento de escritura pública (art. 633 CC), pero en ninguna norma se exige que el donante que otorga dicha escritura sea poseedor. Resultaría, desde un punto de vista sistemático, un tanto chocante que el propietario no poseedor pudiese disponer de su propiedad a título gratuito, donando; y, que por el contrario, se le negase la posibilidad de transmitir a título oneroso su propiedad sin posesión. Del mismo modo, no se requiere tener la posesión del bien inmueble para proceder a su hipoteca. Y sin embargo, la constitución de la hipoteca puede derivar en el mismo resultado para los terceros interesados: la

y *mortis causa*-, es, a su vez, un síntoma de que el legislador no ha considerado la entrega posesoria como un requisito esencial de la transmisión *inter vivos*. La exige como un índice fiable de la intención del dueño de transferir el derecho real poseíble, pero no la considera un *quid* esencial, sino un expediente de conveniencia sustituible por otros igualmente adecuados a la finalidad de comprobar la voluntad transmisiva de las partes[53]. Pero frente a este argumento cabe alegar que es lógico que reciban tratamiento diferente medios que también lo son y, que no se puede escapar la distinta naturaleza de la sucesión *mortis causa* y de la donación, que es un acto de liberalidad y, de los contratos con causa onerosa[54].

Otra explicación que se trae a colación es la naturaleza incorporal del derecho de propiedad del no poseedor. Los autores[55] que defienden esta idea parten de que a la propiedad cuando se la priva de la posesión, lo único que le queda prácticamente al propietario es la acción reivindicatoria. Ahora bien, si el contenido del derecho de propiedad del no poseedor (la acción reivindicatoria) es incorporal ¿por qué no considerar como incorporal el continente, es decir, el derecho de propiedad del mismo? De esta manera este derecho de propiedad podría incluirse entre los bienes incorporales a los que hace mención el artículo 1464 CC, y podría cumplirse con el requisito de la tradición y, en consecuencia transmitir el derecho, por cualquiera de las formas recogidas en él[56].

En cuanto a la posibilidad de cesión de la acción reivindicatoria, esta tesis parte de la idea de que la acción reivindicatoria, que es prácticamente lo único que le queda al propietario que no tiene la posesión, debe considerarse transmisible, como el resto de las acciones y, para ello puede alegarse el artículo 1526 CC. Este artículo se refiere a la cesión de acciones y ciertos autores entienden que, por no distinguir, debe entenderse aplicable

---

transmisión de la titularidad de la cosa, mediante su ejecución forzosa en subasta pública (*Tradición instrumental y posesión*, op. cit., págs. 135-136).

[53] LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil* III, vol. I,, op. cit., pág. 233.

[54] NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 174 y 269 a 290.

[55] GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pág. 355; ROCA TRÍAS, E., "Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, 1979, pág. 38; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I, op. cit., págs. 102 a 105; CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición* ..., op. cit., 1996, pág. 276.

[56] En contra de esta interpretación, se alega por NAVARRO CASTRO, que por razones históricas, la propiedad se identifica con la cosa y no puede considerarse, al menos en el sentido del Código, como incorporal (*La tradición instrumental*, op. cit., pág. 176); también BERCOVITZ ÁLVAREZ, considera que es discutible que el derecho de propiedad sea incorporal, al menos a efectos traditorios, en tal caso, ¿cuál no lo es? (*Tradición instrumental y posesión*, op. cit., pág. 124).

también a las acciones reales. Por lo tanto, se podría entregar, y transmitir, la acción reivindicatoria por tradición instrumental. Esta es la posición mantenida por GIMENEZ ROIG[57], para quien existen dos tipos de compraventa, la del derecho de propiedad corporal, regulada en el los artículos 1445 y siguientes del Código y, la del derecho de propiedad incorporal o contrato de cesión, del artículo 1526, del mismo texto. Si el vendedor es poseedor la compraventa se corresponde con el primer tipo y el vendedor ha de transmitir la posesión al comprador. Si el vendedor no es poseedor, estamos en el segundo caso y basta la voluntad contractual para que se transmita el dominio mediante la cesión de la acción reivindicatoria.

Frente a esta postura, opina GARCÍA GARCÍA[58], que parece difícil prescindir de la tradición instrumental incluso a efectos de obtener la cesión de la acción reivindicatoria, y ello, porque la acción es inseparable del derecho de propiedad, por lo que la transmisión de aquélla presupone al mismo tiempo la transmisión del derecho de propiedad sin posesión, dado lo dispuesto en los artículos 609 y 1462.2 CC. También se ha considerado que no cabe pensar que hay en la venta realizada por un propietario no poseedor una cesión de la acción reivindicatoria o, por lo menos, que sólo hay eso. Lo que se compra es la cosa corporal, la propiedad de la misma y su posesión. Cuestión distinta es si con el contrato más la escritura pública se ha adquirido la propiedad y, en consecuencia, la acción reivindicatoria, aunque no se haya adquirido la posesión. Pero eso será un efecto del contrato y de la tradición, no la única finalidad y, por tanto, no lo único que se pretendía y se pacto en el contrato[59].

Igualmente se han intentado buscar apoyos en la forma de entrega que recoge el artículo 1463 CC, esto es, el acuerdo o conformidad de los contratantes si la cosa no puede trasladarse al comprador en el instante de la venta. Si el propietario no es poseedor, es claro que se da la imposibilidad de trasladar la cosa a poder del comprador, por lo que sería de aplicación dicho artículo y bastaría el mero acuerdo, debiendo aplicarse tanto a muebles

[57] GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, pág. 191. Del mismo autor, "El vendedor desposeído y el artículo 1462 del Código civil", en *RCDI*, núm. 677, mayo-junio 2003, págs.1463-1536.

[58] GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988, págs. 666-667.

[59] NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, op. cit., págs. 181-182.

como a inmuebles[60]. Hay que tener en cuenta que la interpretación de la "imposibilidad de entrega", no significa asimilar nuestro sistema al consensual porque no se está prescindiendo de la tradición, sino, flexibilizando su interpretación para salvar los inconvenientes que su exigencia plantea en situaciones mas o menos anómalas; pero se sigue exigiendo la tradición, pues el acuerdo que menciona el artículo 1463 no se identifica con el del contrato traslativo. Algún autor[61] ha discutido la analogía entre bienes muebles e inmuebles a efectos del artículo 1463 CC, ya que los muebles a efectos de circulación requieren menores formalidades, no siendo adecuada una transmisión solo *consensu* para los inmuebles.

Mas convincente nos parece la consideración que se desprende del artículo 1473 CC y normas que regulan la inscripción en el Registro de la Propiedad. Se ha esgrimido por LACRUZ[62], que conforme al párrafo tercero del artículo 1473, si una misma cosa ha sido vendida a diferentes compradores y ninguno de ellos ha tomado posesión de ella con buena fe, ni la ha inscrito en el Registro de la Propiedad, pertenecerá la propiedad a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe; de donde resulta que puede llegar a adquirirse la propiedad sin traspaso posesorio. En esta misma línea, se ha señalado que el artículo 1473.2 CC, considera preferente al primero que inscriba, nos encontramos con que este primer inscribiente va a ser propietario, aunque no haya recibido la posesión por no ser el tradens poseedor o por haberse entregado la cosa al comprador que no inscribió. De esta manera, si una vez que un vendedor ha entregado la cosa al primer comprador, otorga escritura pública al segundo, ésta, que no ha podido servir para adquirir la posesión porque el vendedor ya no la tenía al haberla trasferido con anterioridad al otro comprador, servirá como título válido para inscribir en el Registro y, a pesar de la falta de posesión en el accipiens, éste adquirirá la propiedad.

Sin embargo, se ha advertido que los supuestos de doble venta son excepcionales, por lo que no parece que tengan que ser las reglas generales (artículos 609 y 1095 CC) las que tengan que adaptarse a los mismos, sino, en todo caso, a la inversa, es decir, hay que contemplar estos supuestos excepcionales, en la medida de lo posible, a la luz de las reglas

---

[60] ALBALADEJO, M., *Derecho civil* III, vol. 1º,op. cit., págs. 162-163; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil* III, vol. I, op. cit., pág. 232; NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, op. cit., págs. 100-107.

[61] BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, op. cit., pág. 124.

[62] LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil* III, vol. I, op. cit., pág. 233.

generales que construyen el sistema traslativo español. Así, en el supuesto de conflicto entre dos compradores que ni han tomado posesión de la cosa ni han inscrito, lo que determina el artículo 1473.3, no es que adquiera el dominio, sin más, el que tenga titulo más antiguo, sino que tal será el que tenga derecho a la entrega del bien y consiguiente adquisición de la propiedad. Como bien dice ALBALADEJO[63], pensar que hay adquisición automática del título más antiguo es una excepción a los principios del Ordenamiento (arts. 609 y 1095) demasiado importante para ser admitida sin haber sido establecida claramente. En consecuencia, la preferencia que el precepto ordena, consiste en privilegiar a un derecho de crédito de entre los dos que se hacen valer, designándose cuál de ellos podrá ser ejecutado en forma específica, para recibir una entrega que tendrá valor traditorio[64].

Asimismo se arguye que conforme al artículo 36 LH, (que regula la usucapión *contra tabulas*), puede adquirirse la propiedad sin que el transmitente sea poseedor en concepto de dueño[65], pues se refiere a quien adquirió sin saber que antes de perfeccionarse su adquisición la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente y, se dispone que tal adquirente puede interrumpir la prescripción comenzada e incluso desconocer la consumada o cuasiconsumada. Sin embargo, para que ese adquirente resulte protegido ha de adquirir con las condiciones del artículo 34 LH y proceder en la forma determinada en el artículo 36 LH, con lo que no parece que el argumento sea convincente[66].

La completa omisión en la normativa hipotecaria de toda referencia al problema de la transmisión por el propietario no-poseedor podría interpretarse en el sentido de que no prevé tal supuesto, porque se presupone que tal problema está resuelto a través de los

---

[63] ALBALADEJO, M., *Derecho civil* III, vol. 1º,op. cit., págs. 139 y ss.

[64] Como dice LALAGUNA DOMÍNGUEZ, "por título de fecha más antigua, según la opinión dominante, el contrato en que reside la virtualidad de la transmisión al comprador. Se trata, por tanto, del título en sentido material, sin que importe el instrumento formal. El conflicto se plantea entre dos acreedores de dominio, por lo que se ha de entender que el comprador preferido no adquiere por el solo título la propiedad, sino que la antigüedad del título le proporciona una preferencia adquisitiva frente al comprador con título de fecho posterior. La preferencia adquisitiva que proporciona el título se traduce en el derecho a exigir del comprador el cumplimiento del contrato en forma específica" (vid. "La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil", en *RCDI*, núm. 671, 2002, pág. 871); GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", en op. cit., pág. 258; PETIT SEGURA, M. A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, SIGNO, Barcelona, 1990, págs. 18, 85 y 153; RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 109-110; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo III, Civitas, Madrid, 2002, págs. 295 y ss.

[65] BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, op. cit., págs. 133-134.

[66] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "El Registro de la Propiedad y la adquisición de la propiedad", en *RdP*, núm. 1, 1998, pág. 57.

presupuestos de hecho de la propia inscripción. Como la escritura pública es presupuesto de la inscripción registral, la Ley hipotecaria da por supuesto que todos los títulos registrados implican ya, previamente a su inscripción, el modo transmisivo necesario. De ahí que la normativa hipotecaria no se interesa en regular un supuesto inexistente: la falta de tradición, como modo, en el titular inscrito (salvo en cuanto concierne a las condiciones suspensivas).

Como argumento a favor se alega que la presunción del artículo 1462.2 es una presunción relativa a la voluntad de las partes, no una presunción de hecho jurídico ni de hecho material. Es decir, cuando el artículo 1462.2, establece que la equivalencia a la entrega operará si de la misma escritura no se resultare o se dedujere claramente lo contrario, queda patente que la excepción al efecto traditorio debe interpretarse restrictivamente y que debe interpretarse la escritura en sí misma. Nada impide a las partes descartar la aplicación de esta presunción especificando en la propia escritura que no pretenden transmitir la propiedad del objeto del contrato. Pero deberán ser las partes las que especifiquen tal voluntad. El hecho de que la escritura especifique que la finca no es entregada materialmente en el momento del otorgamiento de la escritura, no implica que no pretenda que se transmita la propiedad; e incluso, puede suceder que aun con la mencionada advertencia se transmita la posesión. Es lo que ocurre en el caso de una casa cuya construcción está prácticamente acabada, las partes han podido pretender transmitir la propiedad y la posesión, pero no dar por entregada la casa a efectos liquidatorios o, a efectos de inicio del cómputo del plazo para ejercitar acciones redhibitorias[67].

Sin olvidar acudir a la realidad práctica y socioeconómica, que en nuestros días, no es sólo radicalmente diferente de la romana de hace dos mil años, sino también de la existente al redactarse el Código civil vigente, hace más de un siglo. Hoy se compran participaciones en sociedades, bonos, valores mobiliarios, acciones, opciones, ... por teléfono, al instante; se revenden en cuestión de días o de horas. El tráfico es ágil, el sistema económico se basa en la rápida circulación de la riqueza. Prescindiendo de las oportunas matizaciones por el carácter mercantil de algunas de estas realidades, resulta un tanto extraño empeñarse en configurar de forma rígida una transmisión de la propiedad necesariamente unida a la cesión de la posesión. Una cosa es mantener la pureza del sistema destacando claramente su diferencia con el sistema consensual, pues aunque se

[67] Tal ejemplo así como el argumento, lo establece BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión,* Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 138.

tienda a él en cuanto apariencia práctica, lo cierto es que se sigue exigiendo algo más que el mero acuerdo; y otra muy distinta, impedir una interpretación perfectamente congruente con el sistema y, que flexibiliza la aplicación práctica del mismo. La realidad social parece apoyar esta interpretación, no sólo por ser favorecedora de la circulación de la riqueza, sino incluso desde una perspectiva de simple percepción social del documento, de la escritura pública. La intuición popular atribuye a la escritura pública la obtención de una garantía definitiva, que transforma la realidad previa. Cuando comprador y vendedor acuden al notario a formalizar su compraventa, son conscientes de la relevancia de su otorgamiento, más allá de la mera prueba de lo pactado. Lo perciben como un paso definitivo, que transforma la realidad previa.

Todos los argumentos esgrimidos permiten aplicar la exigencia de un modo en todos los supuestos transmisivos; sin exceptuar aquellos en que el derecho transmitido no es susceptible de posesión. Habría una forma de tradición que es posible siempre: la tradición instrumental. Con ello se refuerza de forma importante el sistema de título y modo y, la sustancial separación entre derechos obligacionales y derechos reales, rechazando cualquier resquicio admisivo de la transmisión puramente consensual al estilo francés o italiano, porque los sistemas transmisivos de la propiedad no se diferencian tanto por la necesidad de la entrega material, más o menos visible o no para terceros, sino por la separación de dos momentos en el iter traslativo, que permiten diferenciar los aspectos contractuales propios del derecho de obligaciones de los aspectos reales[68].

Consideramos, tal y como ha establecido algún autor[69], que esta aparente confusión, podría encontrar una cierta claridad, si se piensa que la tradición instrumental puede ser de dos tipos: por un lado tradición instrumental que implica tradición en sentido propio, es decir, transmisión de la posesión en concepto de dueño, y por otro, la tradición instrumental sin transmisión de la posesión[70]. De tal forma que la expresión, “salvo que de

[68] En este último argumento seguimos, igualmente, los razonamientos de BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., op. cit., págs. 141 a 145.

[69] PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 105.

[70] Existen sentencias que distinguen la entrega desde la perspectiva más del cumplimiento que desde la perspectiva de la transmisión del dominio o posesión, es el caso de la STS de 19 de diciembre de 1986 (RJ 7683), que considera aplicable la cláusula penal pactada, a pesar de que ya se hubiese escriturado, al producirse un retraso en la entrega. Distingue claramente ambos conceptos de entrega, la STS de 6 noviembre de 1995 (RJ 8077), que señala que la tradición instrumental del artículo 1462.2 no es entrega a efectos de las acciones redhibitorias, sino que se requiere la entrega real. Con la tradición instrumental queda cumplido el requisito de la entrega a efectos traslativos del dominio, pero no es la entrega a que se refiere el artículo 1490 CC, cuando dice que los seis meses del plazo de caducidad de las acciones edilicias se contarán

la misma escritura resultare o se deduzca lo contrario", constituye una simple presunción respecto de la cesión de la posesión, que cede ante la prueba de que era otro, distinto al vendedor, el que poseía; ahora bien, aunque la escritura no implique transmisión de la posesión, equivale a entrega a efectos de transmitir el dominio; la tradición instrumental supone cumplir con la exigencia del art. 609 CC.

El Código civil utiliza el término "entrega" como un macroconcepto[71] que incluye la cesión de la posesión, la transmisión de la propiedad, la entrega como mero trámite a efectos liquidatorios, en el contrato de obra, el pago liberatorio o *solutio* de la obligación global del vendedor. Solamente cuando claramente resulte que las partes no querían trasladar la titularidad de la cosa, no operará la tradición instrumental. Lo importante no es que la cosa no se entregue realmente, sino que la voluntad de las partes sea contraria a que el otorgamiento sea traditorio. Ha sido poco acertado que nuestro legislador omita una regulación específica de la tradición traslativa del dominio, y que además regule las formas de tradición con ocasión de la obligación de entrega en la compraventa. De esta forma se confunde la obligación de entrega del vendedor con las formas de tradición traslativa del dominio, algunas, como la tradición instrumental, no requieren la transmisión de la posesión de la cosa y ello a pesar de estar reguladas al tratar de la obligación de entrega del vendedor.

III.- LA POSESIÓN DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DE UN EDIFICIO.

Uno de los argumentos recurrentes cuando se trata el tema de si es posible la transmisión de pisos en construcción, a través del correspondiente otorgamiento de la escritura pública, es manifestar que no se puede transmitir aquello que no es poseído, mediata ni inmediatamente, por nadie. Sobre este tema, igual que ocurre cuando surge la necesidad de determinar cuándo se entiende que una construcción ha comenzado, a efectos de poder constituir sobre la misma el régimen de la propiedad horizontal (*cfr*. art. 8.4 LH), cabe que nos planteemos si realmente falta la posesión durante el proceso de realización de una edificación. Partiendo de la existencia de una promoción de edificios en construcción,

---

desde la entrega de la cosa vendida, pues dicha entrega sólo puede ser la real y física (no la ficta o la instrumental), ya que ella es la única que posibilita el que el comprador, a través del contacto inmediato y físico con la cosa comprada, pueda comprobar de *visu* si ésta adolece o no de algún vicio oculto (vid. el comentario a la sentencia de LETE DEL RÍO, J. M., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1995 ", en *CCJC*, núm. 40, enero-marzo 1996, págs. 393-405). También la STS de 13 de mayo de 1995 (RJ 4233).

[71] BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 132.

¿cuándo comienza la posesión de la obra? ¿es necesario que comience la construcción de todos y cada uno de los pisos, para que podamos hablar de posesión de los mismos?.

En la medida en que nos planteemos[72] quién ostenta la posesión de las obras de edificación, desde el momento en que éstas se acometen, en virtud de un contrato de ejecución de obra, celebrado por el promotor, dueño del suelo, con un constructor, hasta el momento en que el contrato de ejecución de obra se liquida y se extingue, es porque, evidentemente, existe posesión sobre los edificios, aunque éstos se encuentren en proceso de construcción.

1.- LA RECEPCIÓN DE LA OBRA.

De acuerdo con el artículo 6 LOE, "la recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste". Las partes necesarias de la recepción de la obra son el constructor y el promotor[73]. El constructor viene a ser el contratista y el promotor actúa como comitente, que son las partes del contrato de obra, y por tanto, los sujetos que intervienen en la recepción de la obra.

La importancia[74] y la complejidad de la recepción de las obras reside en que constituye el único punto de conexión entre el régimen de responsabilidades derivadas del

[72] Cuestión con la que inicia su trabajo DÍEZ-PICAZO, L., "Posesión y contrato de obra", en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez,* Edersa, Madrid, 1978, pág. 245.

[73] El constructor es el agente que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios y ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11.1 LOE), siendo considerado como promotor cualquier persona física o jurídica, pública o 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 (art. 9.1 LOE).

[74] Los principales efectos que derivan de la recepción de la obra son los siguientes: 1) los plazos de garantía anual, trienal y decenal que prevé el art. 17.1 LOE, se cuentan desde la fecha de recepción de la obra sin reservas, o desde la subsanación de éstas; 2) la cobertura del seguro de daños materiales o seguro de caución que prevé el art. 19 LOE, entra en vigor con la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas; 3) en los seguros que garantizan los daños del art. 17.1, la prima debe estar pagada en el momento de la recepción, sin perjuicio de lo que establece el art. 19.2.b), LOE; 4) la recepción libera al constructor de toda responsabilidad frente al promotor y los sucesivos adquirentes, salvo en el caso de que la obra construida presente vicios ocultos; 5) la conformidad del promotor en el momento de la recepción de la obra, equivale a la autorización exigida por el art. 1593 CC respecto de los aumentos de obra, siempre que sean aparentes; 6) la recepción de la obra determina que el promotor debe abonar al constructor el precio convenido, aunque la LOE guarde silencio sobre ello; 7) la facultad del promotor de desistir a la construcción de la obra, prevista en el art. 1594 CC, no cabe una vez que ha tenido lugar la recepción de la obra, pues su objeto material es una obra todavía no realizada o realizada sólo en parte. En este sentido vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de ordenación de la edificación", en *RJC*, núm. 2, 2001, págs. 68 a 74; MARTÍNEZ MAS. F., *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, Ciss Praxis, Barcelona, 2000, págs. 75 y ss.; del mismo autor, *La recepción*

contrato de obra, que sólo afecta a las partes contratantes, y el régimen de responsabilidad nacido de la Ley de ordenación de la edificación, que además afecta a terceros. En la medida en que la recepción es un acto contractual que despliega sus efectos naturales en el ámbito del contrato de obra, debería regirse por los principios que disciplinan la contratación, como el de autonomía de la voluntad y libertad de forma (arts. 1255 y 1278 CC). Pero dado que ha sido elegido ese momento por el legislador como hito que marca el comienzo de la responsabilidad por defectos constructivos, que tiene naturaleza legal y afecta a terceros, era necesaria una regulación formal.

Dentro del proceso de recepción de la obra se distingue entre la conclusión de la obra, la entrega, la verificación, la aprobación y la recepción propiamente dicha. Para que proceda la recepción de la obra es preciso que esté concluida, es decir, que esté terminada. La conclusión material de la edificación se produce con la extensión del certificado final de obra, competencia del directo de la obra y el director de su ejecución. La conclusión de la edificación debe ser notificada por escrito al promotor (*cfr*. art. 6.4 LOE). Una vez terminada la obra, el constructor ha de entregarla al promotor, siendo el acto por el que pone a su disposición la obra terminada. La verificación consiste en el examen de la obra por el promotor, que tiene por objeto determinar si lo ejecutado es conforme a lo convenido y a las reglas del arte de la construcción, pudiendo disponer para este examen el promotor de asesoramiento técnico. Salvo pacto expreso en contrario, el promotor dispondrá del plazo de treinta días, desde la notificación efectuada por escrito de la terminación de la obra, acreditada con el certificado de finalización. La aprobación es el resultado de la verificación, implicando el reconocimiento por el promotor de que la obra ha sido ejecutada correctamente, lo que conlleva la obligación de proceder a la recepción.

El art. 6 LOE inserta a la entrega, en el marco del proceso de recepción[75]. Esto no obsta a que la entrega y la recepción de la obra se consideren como dos actos jurídicos

---

en el contrato de obra, Dykinson, Madrid, 1998; GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., "Comentario del artículo 6 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 141-170; DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (aspectos administrativos, civiles y penales). Adaptado a la LOE*, Comares, Granada, 2000, págs. 365 y ss.; FISAC DE RON, M.ª P., *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

[75] El concepto de recepción de obra que se acogía en el Proyecto de Ley, publicado en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, de 15 de marzo de 1999, al establecer en su art. 6.1 que "la recepción de la obra es el acto por el que los trabajos ejecutados son aceptados por el promotor", era más acorde con el concepto tradicional de recepción que maneja la doctrina y la jurisprudencia, que lo conceptúa como el acto por el cual el dueño de la obra presta su conformidad a la obra realizada por el constructor.

diversos y autónomos que no pueden confundirse. Siendo la entrega una puesta a disposición del promotor de la obra realizada por el constructor o un desplazamiento de la posesión de la obra del constructor al promotor. Y la recepción, propiamente dicha, el acto jurídico por el cual el promotor presta su conformidad a la obra realizada por el constructor, por entender que la misma se ajusta a lo convenido y a las reglas del arte de la construcción[76].

2.- TITULARIDADES JURÍDICAS SOBRE LAS OBRAS EN CURSO DE CONSTRUCCIÓN.

Sin olvidar que en ocasiones la condición de promotor y constructor coinciden en una misma persona, un punto de discusión cuando se trata de la entrega de la obra, ha sido la determinación del momento en que se produce la adquisición de la propiedad por parte del comitente, encontrándose la doctrina dividida en dos grandes posturas: la de aquellos autores que consideran que la propiedad de la obra pertenece al contratista y posteriormente, con la entrega la transmite al comitente; y la de aquellos otros que entienden que el comitente adquiere originariamente la obra.

A) Teoría de la adquisición derivativa de la propiedad de la obra por el comitente.

Según esta teoría[77], el contratista adquiere la propiedad de la obra a título originario y, posteriormente a consecuencia del contrato de obra, ésta es adquirida a título derivativo por el comitente con la entrega de la obra. Esta postura se apoya en la teoría del título y el

---

[76] MARTÍNEZ MAS, F., *La recepción en el contrato de obra*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 24 y ss. Vid. la bibliografía que cita, resumiendo la postura de los distintos autores sobre la recepción de la obra, en el sentido tradicional, es decir, distinguiendo entre la entrega, y la recepción-aprobación, propiamente dicha.

[77] Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., "Comentario del artículo 6 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 144. GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la construcción*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 309 y 335 y ss. En el mismo sentido MONFORT FERRERO, M.ª J., "Adquisición de la propiedad en el contrato de obra y restitución de las prestaciones", en *RdP*, núm. 5, 2000-1, pág. 124. La opinión de SALVADOR CODERCH sobre este tema aparece ciertamente matizada. Considera el autor que en materia de propiedad en el contrato de obra, rigen las reglas generales del Derecho de cosas, y, entre ellas, la doctrina del título y el modo, el contrato de obra no basta, por sí solo, para transmitir la posesión y la propiedad de su objeto. De estas líneas parece desprenderse la postura favorable del autor a extender al contrato de obra lo dispuesto en el art. 609 CC. Sin embargo, matiza su afirmación anterior, diciendo que "... cuando el contratista incorpora materiales propios al inmueble del comitente, la propiedad se adquiere por accesión". De lo anterior parece deducirse que sólo cuando el edificio ha sido hecho por el contratista con materiales propios y en suelo propio, es posible aplicar la doctrina del título y el modo. (vid. "Comentario al artículo 1591 CC", en *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1993, págs. 1199). Parece compartir esta última opinión LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., (edición revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ, F.), *Elementos de Derecho civil* II. *Derecho de obligaciones*, vol. II, *contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos*, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 188-189.

modo, considerando el contrato de obra como título traslativo de la propiedad y la entrega de la obra como modo de adquisición[78].

Se considera que, en la medida en que el constructor aporte además del trabajo, los materiales, el contrato de obra es uno de aquellos que según el art. 609 CC, funciona como título o causa de la transmisión.

Esta tesis se ha apoyado, fundamentalmente en los preceptos que regulan los riesgos en el contrato de obra, los artículos 1589 y 1590 CC. A estos efectos, el artículo 1589 CC establece que "si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla". Una de las razones por las que se considera el contrato de obra como título traslativo del dominio de la misma a manos del comitente, acompañado del modo, es precisamente por el término "entrega", que aparece en el mencionado precepto.

Es habitual entre los autores y en la jurisprudencia ligar la cuestión de la asunción de los riesgos en el contrato utilizando el criterio de la pertenencia del bien, aplicando el principio *res perit domino*. Aplicando este principio al contrato de obra, y partiendo del art. 1589 CC, es el contratista el que asume los riesgos por destrucción de la obra, exceptuando que el comitente hubiese incurrido en morosidad. Estos riesgos son, por un lado, la subsistencia de la obligación de construir, es decir, su obligación de hacer no ha cesado por la desaparición de la cosa construida. Y por otro lado, no tiene la facultad de reclamar el precio al comitente por la obra realizada y luego destruida. En cuanto a la pérdida del

[78] Sobre este tema RUÍZ-RICO RUÍZ, en una despliegue ordenado de argumentos, establece que el sistema de adquisición del dominio sobre lo construido en el contrato de obra, se apoya necesariamente en la doctrina del título y el modo. Las explicaciones en que funda su postura son: en primer lugar, la ausencia de preceptos que dispongan el modo y momento de adquirir la propiedad en el contrato de obra. En segundo lugar, las enormes coincidencias entre el arrendamiento de obra y la compraventa de cosa futura. El rechazo que le provocan aquellas posturas doctrinales que distinguen el régimen de adquisición del dominio, según que la obra se refiera a bienes muebles, en cuya caso se adquieren mediante *traditio* o recepción, o a bienes inmuebles, adquiriéndose la obra por accesión. Debe existir un régimen unitario tanto para muebles como para inmuebles y ese régimen sólo puede ser el general del título y el modo. Analizando en concreto el supuesto en el que la construcción se produce con materiales propios del constructor pero en el suelo del comitente, considera el autor que el edificio, terminado o no, tiene propia individualidad desde el punto de vista jurídico, no para originar propiedades separadas entre suelo y obra con carácter permanente, pero sí a efectos de conceder al constructor un dominio provisional sobre lo construido, separado del dominio del terreno. Partiendo del artículo 361 CC, considera que todo individuo, aunque tenga un vínculo contractual con el *dominus soli*, que construya en suelo ajeno de buena fe es propietario temporal de su obra. La diferencia entre el constructor de buena fe del art. 361 y el contratista, radica en que cuando existe vínculo contractual, la transferencia de la propiedad al comitente debe producirse por efecto del contrato, es decir, la teoría del título y el modo (RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, Jaén, 1995, págs. 145 y ss).

derecho a reclamar el precio, se debe precisar que ello sólo ocurrirá en los casos de imposible (o excesiva onerosidad) reconstrucción, pues mientras el contratista permanezca obligado a realizar su prestación, debe conservar, si cumple (aunque lo haga tardíamente), su derecho a cobrar el precio. Por tanto, lo que en rigor pierde el contratista, es el derecho a cobrar el precio o contraprestación por la obra realizada y destruida. Se ha querido[79] ver en esta atribución del riesgo al contratista, una razón más para considerarlo como propietario de la obra que está realizando, ya lo haga sobre terreno propio o en terreno ajeno.

B) Teoría de la adquisición originaria de la propiedad de la obra por el comitente.

El contrato de obra nunca es título traslativo del dominio[80], es por ello que la adquisición de la propiedad sobre la nueva edificación se produce de forma originaria, es decir, el *dominus operae* adquiere la propiedad por incorporación y a medida que los materiales se van inmovilizando en la *nova res*, para darle realidad. De acuerdo con este planteamiento, se aplica al contrato de obra el principio romano *superficies solo cedit* –cfr. arts. 358 y ss CC-, como consecuencia de la inexistencia de normativa específicamente aplicable al contrato de obra. Este es el criterio de CABANILLAS SÁNCHEZ[81], al señalar que a medida que se va levantando la obra, pertenece con todo su valor al propietario del terreno, según el principio romano de que el edificio cede al suelo, admitido por nuestro Código civil[82].

---

[79] RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., *Las garantías del contratista de inmuebles*, op. cit., págs. 79 y ss. En el mismo sentido, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 190 a 214: a juicio de este autor, no hay duda de que el legislador ha querido consagrar la regla *res perit domino*, haciendo que el contratista asuma los efectos de la pérdida o deterioro por ser dueño y mientras no deje de serlo, lo que se producirá con la entrega de la obra.

[80] Tradicionalmente el contrato de obra se ha incluido dentro de los contratos de trabajo y gestión, o de los contratos de servicios, según las distintas clasificaciones que los autores han hecho de los contratos, junto con contratos como el arrendamiento de servicios, de transporte, de edición, mandato, hospedaje; y dentro de los contratos traslativos del dominio, a la compraventa, permuta, cesión y donación (SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. IV, *Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, Madrid, 1973; ESPÍN CANOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, *Obligaciones y contratos*, 6ª ed., Edersa, Madrid, 1983). Concretamente en la obra de MORENO QUESADA, B., (coord.), *Curso de Derecho civil*, II-2º, *Contratos en particular, cuasi-contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, se distingue entre contratos de prestación de actividad en servicio ajeno, entre los que se incluyen el contrato de servicios, el de obra, el de mandato y el de depósito; y los contratos traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta y la donación.

[81] CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La recepción de la obra", en *ADC*, 1978, pág. 311.

[82] La tesis de la adquisición originaria de la propiedad aplicando las reglas de la accesión, ha sido criticada por RUÍZ-RICO RUÍZ, al señalar que no cabe, aplicando por analogía el art. 361 CC, aducir que el comitente se convierte en propietario de lo construido de forma progresiva, es decir, a medida que los materiales se van incorporando de manera indisoluble al suelo de su propiedad, por la sencilla razón de que las normas sobre la accesión no consagran, en el Derecho español, una adquisición automática e inmediata del dominio sobre los edificios y construcciones nuevas, ya que en el art. 361 sucede justamente lo contrario,

Para SÁNCHEZ CALERO[83] la obra, ya sea mueble o inmueble, es una cosa nueva sobre la que recaerá un derecho de propiedad nuevo, en el que el contratista, consciente de la finalidad perseguida por el comitente, que no es otra que la adquisición de la propiedad de la obra, presta su consentimiento y ejecuta la construcción para éste. Se produce -sigue diciendo el autor-, la siguiente situación: el contratista carece de todo derecho que justifique que la obra nazca de su propiedad, por el contrario, existe una concorde voluntad de las partes, plasmada en el contrato, de que la cosa nueva sea y nazca propiedad del comitente. En definitiva, el reconocimiento del derecho de propiedad a favor del comitente tiene naturaleza contractual, se funda en la propia voluntad de los contratantes y en la protección que la Ley da a esa volunta (arts. 1255 y 1258 CC). El contrato de obra constituye, por consiguiente, el modo en cuya virtud el comitente adquiere originariamente la propiedad de la res nova.

Según DÍEZ-PICAZO no es necesario aplicar las normas de la accesión, y en concreto el artículo 361 CC, cuando el constructor actúa por virtud de un contrato de obra celebrado con el promotor-propietario del suelo, pues este precepto contempla el conflicto que pueda surgir entre el dueño del suelo y un constructor de buena fe que actúe por su propia iniciativa, pero no al conflicto entre el propietario y el constructor vinculados por un contrato de obra. En realidad, en este caso, la edificación la hace el propietario, sólo que no la hace por sí solo, sino a través de otro, actuando este otro como intermediario en la construcción desde el punto de vista jurídico-real, pero no es un constructor o edificante en el sentido de los artículos 358 a 365 CC. En la relación obligatoria derivada de un contrato de obra, la obra inmobiliaria en curso de construcción es en todo momento propiedad del propietario del suelo, y no hay, en momento alguno, una inicial propiedad del constructor que, a posteriori, se transmita al dueño del suelo. El constructor, como contratante ligado en virtud de una relación obligatoria, adquiere unos derechos que en rigor son derecho de crédito, que se cifran o concretan en la retribución estipulada. Y que son, además, unos derechos especialmente garantizados. La específica garantía del constructor se produce por

---

la propiedad queda diferida hasta el momento en que se efectúe el pago íntegro del valor de la edificación. Es por ello que en la accesión del art. 361 no se produce la adquisición automática de la propiedad, sino que sigue siendo del constructor mientras no se pague. En consonancia con la postura que defiende este autor según la cual el contratista ostenta una propiedad temporal sobre la construcción (*Las garantías del contratista de inmuebles*, op. cit., págs. 131). También CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión*, Madrid, 1986, pág. 208.

[83] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Montecorvo, Madrid, 1978, págs. 201 y ss.; partidario de la adquisición originaria de la propiedad por el comitente, DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (aspectos administrativos, civiles y penales). Adaptado a la LOE*, Comares , Granada, 2000, págs. 365-366.

el cauce del carácter refaccionario del crédito ex. art. 1923 CC. El crédito refaccionario anotado en el Registro de la Propiedad[84] puede dar lugar a una forma especial de garantía real. Pero será siempre un derecho real de garantía del crédito y nunca una titularidad dominical sobre la obra[85].

A pesar de que los preceptos que regulan el riesgo en el contrato de obra (arts. 1589 y 1590 CC) no se ocupan de la cuestión de la adquisición originaria o derivativa de la propiedad de la obra por el promotor-comitente, limitándose a reglamentar la incidencia del *periculum rei* y el *periculum obligationis* en el marco del contrato de obra, sin embargo, es uno de los fundamentos en que se apoyaban los autores defensores de la teoría derivativa de la adquisición de la propiedad sobre la obra. Consideran que en la medida en que los materiales los aportara el constructor, la cosa que vaya creando será de su propiedad, y sólo en el momento de la entrega o de la recepción-aceptación, la propiedad se transmite al comitente, de modo que el contrato de obra es el título y la entrega el modo (*cfr.* art. 1589 CC, "si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada...").

Sin embargo, a la idea de "entrega", que se utiliza en tal precepto no se le puede dar el mismo alcance que este término tiene en el contrato de compraventa y en el sistema general de transmisión de la propiedad. No hay base suficiente para sostener que la entrega de la obra sea un acto de transmisión de la titularidad de los derechos sobre los bienes que antes ostentaba el constructor. El significado de la entrega en los artículos 1589 y 1590 CC es un trámite de liquidación de una relación obligatoria. Consideramos que partiendo del

---

[84] A favor de este argumento se pueden tener en cuenta los artículos 208 LH y el 308 RH, que prevén, entre otras, la posibilidad de que se pueda hacer constar la declaración de obra nueva mediante escritura pública en la que comparezca junto al propietario de la edificación, el contratista de la obra declarando estar reintegrado de su importe. Esta modalidad no es frecuente en la práctica, por la falta de costumbre de anotar en el Registro de la Propiedad el crédito refaccionario resultante de los contratos de ejecución de obra. No se explica muy bien por qué existiendo en la vida diaria tantos contratos de ejecución de obra, el contratista no garantiza su derecho de cobro del importe de la obra mediante la anotación de su crédito refaccionario, que se encuentra enormemente facilitada pues se puede practicar con la sola presentación del contrato privado en que constare por escrito, y concediéndole incluso los efectos de la hipoteca (art. 59 LH). Si hubiese una información suficiente de las ventajas de esta anotación preventiva, sin duda que los contratistas anotarían su crédito refaccionario mediante la presentación en el Registro del contrato de obras. Y si esto fuera así, sería perfectamente lógico que, cuando estuviera terminada la edificación, compareciera en el escritura de declaración de obra nueva con el propietario, y en ese momento se podría dar por pagado de los importes que éste le adeudara, solicitando la cancelación de la anotación de crédito refaccionario al mismo tiempo que se solicitaba la inscripción de la declaración de obra nueva.

[85] En este sentido, precisa de forma muy acertada DÍEZ- PICAZO, L., "Posesión y contrato de obra", en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Edersa, Madrid, 1978, págs. 247-248.

término “entrega”, que utilizan los preceptos mencionados, se podría estar aludiendo a un acto de traspaso posesorio de la obra, del contratista al propietario del suelo.

Por otro lado, si acudimos al artículo 1600 CC, según el cual “el que ha ejecutado una obra en una cosa mueble tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague”; de este precepto parece desprenderse que el ejecutor de la obra no es el propietario de la misma, ya que si lo fuera no tendría ningún sentido concederle un derecho de retención, porque, además, la retención exige ajeneidad de lo retenido. Otra posible interpretación de la norma comentada es que dado que el derecho de retención consiste en mantener una situación posesoria, debe admitirse que el contratista que ejecuta una obra es poseedor. En la referencia que se hace a la ejecución de una obra mobiliaria[86] en el art. 1600 CC, se ha querido ver que está negando la posibilidad de posesión a favor del contratista de una obra inmobiliaria, es decir, que el contratista que ocupa un terreno con el fin de ejecutar una obra de edificación no es un verdadero poseedor, ni del terreno ni de la edificación en sí misma considerada. Nosotros consideramos[87] que lo que se deduce de ese

[86] En este sentido DÍEZ-PICAZO, que considera que el contratista no es poseedor, ya que lo califica como servidor de la posesión o instrumento posesorio de la posesión del dueño, en definitiva un poseedor en nombre ajeno del art. 431 CC. Las consecuencias que extrae el autor son, fundamentalmente, cuando surge un conflicto posesorio, -que no se podrá producir entre el comitente y el contratista, dado que mientras la cosa está en manos del servidor de la posesión debe considerarse como si estuviera en manos del poseedor principal-, como consecuencia de una perturbación o despojo llevada a cabo por un tercero, en cuyo caso el único legitimado para la defensa interdictal sería el dueño del terreno que nunca ha perdido la posesión. En cualquier caso, el autor concluye afirmando que el contratista puede ser considerado como un poseedor natural o un poseedor en nombre ajeno, aunque le parezca más adecuada su conceptuación como servidor de la posesión (pág. 260). Vid. “Posesión y contrato de obra”, en op. cit., págs. 246 y 253 y ss. Un intento distinto de configurar al servidor de la posesión, con base más en la realidad social que en el Ordenamiento jurídico, es el dirigido a ver en él, un poseedor en nombre ajeno, pero en interés propio y con una cierta autonomía. Es el caso de GORDILLO CAÑAS, “Servidor de la posesión e interdictos: datos para un replanteamiento crítico del tema”, en *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y* Castaño, Salamanca, 1984, págs. 271 y ss. (el autor considera poseedores, por ejemplo, a los arrendatarios de servicios de los artículos 1583 y siguientes CC, a pesar de su importante grado de subordinación al arrendador. También DORAL GARCÍA, J. A., “El servidor de la posesión”, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas,* t. V, 1969, págs. 209 y ss. Partiendo de la idea anterior, DORAL, dado que la legitimación activa en los procesos posesorios se funda en un interés digno de tutela jurídica, podrían extenderse los medios de defensa posesoria al servidor en aquellos casos en que el uso permanente de la cosa, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un servicio o el desempeño de un cargo, atribuyen un beneficio económico cifrable en interés propio. Sigue diciendo, si ese uso continuado redunda en propio beneficio, de modo excluyente y exclusivo, no se ve por qué haya de privarse al servidor de la posesión de acudir a los remedios con que hacer frente a los actos de perturbación o despojo proveniente de terceras personas. También hay autores que rechazan que el servidor de la posesión tenga apoyo normativo en el artículo 431 CC, dando hasta seis razones para ello, como es el caso de HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión. Obras completas*, tomo II, Espasa Calpe, Madrid, 1987, págs. 125 a 129.

[87] Nuestras razones para considerar al constructor un verdadero poseedor son, por un lado, que el contratista goza de un elevado grado de autonomía en la ejecución de la obra. En segundo lugar, la circunstancia de que entre comitente y contratista medie una simple relación obligatoria, sin efectos en el ámbito dominical, no excluye que legalmente existen muchos poseedores de bienes ajenos cuya actividad como poseedores tiene su origen en una relación obligatoria.

precepto es la falta de un derecho de retención sobre las fincas en que se ejecutan las obras, no la falta de posesión (natural o en nombre ajeno) del contratista sobre éstas[88].

Respecto a cuál sea la razón por la que los riesgos, durante el proceso de realización de la obra deben ser soportados por el contratista *ex*. art. 1589 CC, consideramos que obedece a la propia configuración del arrendamiento de obra como aquel que obliga a un resultado a favor del comitente[89]. Es por ello, que mientras no exista tal resultado en su plenitud, cualquier acontecimiento lesivo relacionado con la cosa construida no afectará a la esfera patrimonial del comitente, sino que producirá todos sus efectos en el ámbito del contratista[90]. Si bien el Código civil no distingue entre entrega y recepción-aprobación[91],

[88] Ciertamente puede haber casos en que el contacto físico sea tan dependiente y controlado por el dueño que en la apreciación vulgar, no implique tenencia para el contratista (como si le encargo la instalación de un nuevo cuarto de baño en mi casa, sin dejar de habitar en ella); pero tratándose de edificaciones el contacto del contratista con la superficie donde construye, donde se encuentra la caseta, el barracón, parece verdadera posesión (arts. 430, 431 y 446 CC). Es por ello que dada su situación de control del terreno y de autonomía, no puede considerarse un servidor de la posesión ajena (LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., (edición revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ, F.), *Elementos de Derecho civil* II. *Derecho de obligaciones*, vol. II, *contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 189).

[89] SÁNCHEZ CALERO, F. J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Montecorvo, Madrid, 1978, pág. 185. También MARTÍNEZ MAS. F., *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, Ciss Praxis, Barcelona, 2000, págs. 28f; igualmente, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de ordenación de la edificación", en *RJC*, núm. 2, 2001, pág. 75.

[90] Esta interpretación es rechazada por RUÍZ-RICO RUÍZ, ya que entonces cesaría el riesgo un vez terminada la obra pero aún no entrega, pues es, en ese momento, cuando se alcanza el resultado, con independencia de cuando llegó a entrar el comitente en posesión de la cosa. Sin embargo, el art. 1589 CC establece con nitidez que los riesgos desaparecen para el contratista a partir de la "entrega" (vid. *Las garantías del contratista de inmuebles*, op. cit., págs. 77-78).

[91] Existen pareceres dispares a la hora de determinar cuál es el momento que determina que se trasladen los riesgos al comitente. Consideran determinante el momento de la entrega GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., "Comentario del artículo 6 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 144; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de ordenación de la edificación", en *RJC*, núm. 2, 2001, págs. 74-75. GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la construcción*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 345. Partidarios de que la traslación del riesgo al comitente no se produce por la simple entrega, ya que en el proceso de recepción, que no termina sino que comienza con la puesta a disposición por el contratista, el traslado del riesgo al comitente se produce con la recepción de la obra, vid. CADARSO PALAU, J., "Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra (según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código civil)", en *Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra*, (coord. GONZÁLEZ GARCÍA, J.,), Jornadas organizadas por la Asociación de Profesores de Derecho civil y el Área de Derecho civil de la Universidad de Jaén, Universidad de Jaén, 1996, págs. 59-60. También MARTÍNEZ MAS. F., *El contrato de obra...*, op. cit., págs. 28, 95, 96. RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., *Las garantías del contratista...*, op. cit., págs. 152 a 156: a la hora de determinar cuál es el momento en los contratos de obra en que se produce la transmisión del dominio y de los riesgos al comitente, si es el de la entrega material o el de la recepción definitiva, el autor realiza una primera afirmación: siendo el contrato de obra un contrato traslativo del dominio, y no existiendo en la normativa sobre este contrato reglas legales, habría que inclinarse por aplicar la fórmula general de adquisición con la simple toma de posesión material de la cosa. Sin embargo, dado que la *traditio* exige junto a la voluntad de entregar del que paga, la voluntad de recibir por parte del receptor, es sólo en la recepción definitiva cuando se manifiesta explícitamente la voluntad de recibir la obra y debe ser en este momento cuando se adquiera al dominio por tradición, aun cuando la entrega pudiera haberse efectuado con anterioridad. Igualmente FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1976, pág. 204.

como dos momentos conceptualmente distintos, se ha entendido que del tener literal de los artículos 1589 y 1590 CC, hay que mantener que el riesgo es soportado por el comitente a partir del momento en que la obra le es entregada. La entrega de la obra, una vez terminada constituye una prestación debida por el constructor (que será la última si la obra carece de defectos). La eficacia de la entrega como acto de cumplimiento no está supeditada a la previa aprobación y recepción del comitente. Es más, si consideramos que la prestación del constructor es de resultado y por ello recaen sobre él, los riesgos por perecimiento de la obra, en la medida en que la obra ha sido terminada en el plazo convenido y correctamente construida, no cabe duda, de que el resultado se ha logrado. Además entre los efectos que se predican de la recepción de la obra en los preceptos que la contemplan en la LOE, ninguno le atribuye la traslación de los riesgos al promotor-comitente. Es por ello, que la recepción-aceptación de la obra no condiciona el cumplimiento del contrato, sino que constituyen actos declarativos[92] del cumplimiento correcto que liberan de los defectos aparentes (efecto que no tiene la sola entrega) y, además, son actos debidos por el comitente, en la medida en que el promotor no podrá negarse a recibir la obra finalizada y conforme que se pone a su disposición sin incurrir en uno de los supuestos de mora del acreedor.

IV.- LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL SOBRE INMUEBLES EN CONSTRUCCIÓN. ¿ES EL PISO PROYECTADO O EN CONSTRUCCIÓN UN SUPUESTO QUE EXCLUYA EL VALOR TRADITORIO QUE CONLLEVA EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA?.

1.- ACERCA DE LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO SOBRE EL PISO EN CONSTRUCCIÓN.

Como para cualquier otro comprador, el interés del adquirente de un piso en construcción es, precisamente, que se le transmita la propiedad del objeto comprado. Ahora bien, aunque el contrato de compraventa es un título apto para transmitir la propiedad, es sabido que para completar el requisito del título y el modo será preciso que se verifique la entrega del objeto vendido (arts. 609 y 1095 CC). Al entrar la compraventa de un piso meramente proyectado o en construcción dentro de los supuestos de *emptio rei speratae*, no podrá el vendedor entregar el piso, objeto del contrato, hasta que éste exista,

[92] En este sentido GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., "Comentario del artículo 6 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 144.

de modo que no habiendo cumplido la obligación de construir, no podrá tampoco entregar lo que no tiene existencia actual ni transmitir su dominio. Se parte de la idea de que estamos ante una compraventa de cosa futura, que sería valida, pero en cuya virtud no se podría transmitir la propiedad hasta que la cosa futura adquiera realidad. La cosa es futura, su existencia no es actual; por tanto, no es poseída por nadie, y el constructor no transmite su propiedad, ni siquiera por el hecho de otorgar escritura pública[93]. De este modo, el vendedor recibe la prestación dineraria del comprador, que va invirtiendo en la construcción del objeto vendido y, además, adquiere también la propiedad de la obra que accede al solar del que ya es propietario.

La idea de la titularidad de la constructora, como algo inevitable, hasta que cobra finalmente existencia el edificio en construcción, deriva de un concepto de *traditio* muy apegado a la entrega material de la cosa[94]: puesto que la entrega no se produce hasta que el edificio está terminado, no podría transmitirse, hasta ese momento, la propiedad del bien inmueble al comprador[95].

Al contemplar la situación descrita, queda manifiesta la debilidad de la posición del comprador, como simple titular de un derecho de crédito frente al vendedor. Esta desprotegida situación ha llevado a los autores a plantearse cuáles son los derechos que el adquirente del piso proyectado tiene sobre la finca y, en concreto, sobre los pisos futuros que deben serle entregados y, cómo y en qué momento la propiedad de tales pisos se

---

[93] Se plantea MIQUEL GONZÁLEZ, qué ocurre cuando la cosa no la posee el vendedor en el momento de otorgarse la escritura pública, porque no existe. El problema es si la escritura en que se hace constar el negocio, puede servir de tradición de los pisos o locales que en ese momento todavía no existen. Parece obvio que ni puede transmitirse la posesión ni la propiedad de algo que no existe. No puede aceptarse que pueda adquirirse derecho real sobre un objeto inexistente por mucho que pueda ser objeto de inscripción el régimen de propiedad horizontal de edificios cuya construcción esté al menos comenzada ("El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad", en *RdP*, núm. 1, 1998, pág. 53).

[94] Este panorama ha provocado que algún autor llegara a decir que la norma del art. 609 CC, al establecer que la propiedad se transmite por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y a pesar de su aspecto ocioso e inocuo, se ha convertido en la práctica en un estupendo instrumento con el que arruinar y desesperar a un colectivo del que forman parte muy nutrida modestos adquirentes de viviendas. A saber, quienes acceden a la compra de una vivienda de nueva promoción, en fase de construcción, y adelantan fondos con los que el promotor financia la obra. De resultas del carácter privado de la documentación contractual, los acreedores del vendedor siguen disponiendo durante un espacio no corto de tiempo de unos bienes formalmente pertenecientes al patrimonio de su deudor; al mismo tiempo que el comprador se ve expuesto al alto riesgo de estar financiando la construcción de un bien que irá a parar sin remisión a las manos de otros acreedores del vendedor. Se atrevería uno a calificar a la exigencia de tradición como un medio de expropiación sistemática del capital inmobiliario de los grupos sociales más desfavorecidos (CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la Sentencia de 9 de marzo de 1994", en *CCJC*, núm. 35, 1994, págs. 687 y ss).

[95] BERCÓVITZ ALVÁREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 168.

transmite al mencionado comprador. En definitiva, la cuestión es determinar en qué momento tiene lugar o puede tener lugar la tradición, y, más concretamente, si este "modo de adquirir" exige que la construcción de los pisos o locales que correspondan al adquirente esté terminada.

Para reforzar la situación en la que queda el comprador de un piso proyectado o en construcción, como titular de un derecho de crédito frente al vendedor, se ha sugerido que el otorgamiento de la escritura publica de compraventa del piso futuro sirva como tradición instrumental para la transmisión de la propiedad del mismo, si bien, con carácter suspensivo hasta que se culmine la construcción; es decir, se trataría de una tradición diferida que producirá sus efectos una vez que se ha concluido la construcción de los pisos, de esta manera, desde el momento en que se certifica la obra por el arquitecto, la propiedad de los pisos podría inscribirse en el Registro de la Propiedad a favor del comprador de los mismos.

Mucho más protectoras con el adquirente, y más acordes con la realidad actual, nos parecen aquellas opiniones que consideran que un piso en construcción no es una cosa futura, se trata de un objeto en formación, y en la medida en que dicho piso en construcción está integrado en un edificio, una vez constituido e inscrito el título de división horizontal, el piso adquiere existencia registral .

A) El derecho del adquirente sobre plano tiene naturaleza estrictamente personal.

Para este sector doctrinal[96] resulta indudable que no es posible otorgar valor transmisivo a la escritura si el objeto es futuro. Los argumentos que se esgrimen por los

[96] Así se pronuncia NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 291 y ss. y "Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 1994", en *CCJC*, núm. 36, septiembre-diciembre 1994, págs. 1048-1049: Se alega que puesto que la cosa no existe en el momento de celebrar el contrato, no ha podido tener lugar esa entrega, pues, a pesar de que el art. 1462.2 CC equipare el otorgamiento de la escritura pública a la entrega, no parece que dicha equivalencia pueda ser interpretada en términos tan absolutos que pueda considerarse aplicable a los casos en los que la cosa ni siquiera existe. La circunstancia anterior nos puede hacer pensar que, para entender efectuada la entrega y, en consecuencia, transmitida su propiedad, será necesario un acto posterior de entrega, una vez se haya terminado el piso. NAVARRO CASTRO, estima que no se puede hablar en estos casos de equivalencia entre escritura y entrega. Es cierto que esta equivalencia no es una presunción, sino que se dará siempre que no se manifieste una voluntad en contrario. Incluso podría aceptarse que la equivalencia del art. 1462.2 CC, se produce también aunque el transmitente propietario no sea poseedor, si bien sólo en cuanto a forma de cumplir con el requisito del art. 609 para la transmisión de los derechos reales y no en cuanto a manera de transmitir la posesión. Pero estima que no puede llevarse la equivalencia hasta tal punto que se considere que se da también en el caso de que la cosa todavía no exista. Y cuando se quiere transmitir un piso por construir, la cosa aún no ha cobrado existencia. En igual sentido, se manifiesta ROVIRA JAÉN, F., “La compraventa de cosa futura”, en *Estudios de Derecho privado*, dirigidos por *De la Esperanza Martínez-Radío*, t. II, Ed.

autores 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. Para que la entrega se produzca es necesario que el transmitente sea poseedor o, al menos, que sea posible la transmisión de la posesión mediata. Y en todo caso, es imposible la entrega de algo que no existe como es un bien futuro, ni siquiera mediante la tradición instrumental, ya que la mención del carácter futuro del objeto en la propia escritura, supone reconocer la imposibilidad de que se produzca la transmisión, operando así la previsión del art. 1462.2 CC, en virtud de la cual, el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega, "...si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario".

Es por ello que, tras la finalización de la obra, será necesario, en todo caso, proceder a la entrega de lo construido en cualquiera de las formas que nuestro Derecho admite. De modo que, hasta ese momento, no se entenderá transmitido el dominio de los pisos, pues, al no existir la cosa futura, es necesario un acto posterior, distinto del previo otorgamiento de escritura pública, para transmitir la propiedad una vez que el objeto tenga existencia presente[97].

Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, págs. 147 y ss: en orden a la tradición instrumental del art. 1462.2 CC, "cuando la venta se haga mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no se dedujere lo contrario". Esta tradición instrumental es una mera presunción *iuris tantum*, que queda destruida cuando el vendedor no es poseedor de la cosa vendida; tratándose de una cosa futura, el vendedor no puede tener la posesión de ella, porque es inexistente al tiempo de otorgarse la escritura, luego, la venta de cosa futura excluye la aplicación instrumental del art. 1462 CC. El problema podemos trasladarlo al momento en que nazca la cosa, entonces ¿se precisará para transmitir la propiedad al comprador el verificar la tradición o entrará en juego la tradición instrumental entonces ineficaz? Creemos que se precisará verificar la tradición, puesto que la tradición instrumental es una de los efectos de la escritura, y si en ella aparece algo en contra, la escritura no produce el efecto traditorio y se precisará verificar la tradición cuando la cosa nazca aplicando las reglas ordinarias. Opinión que es compartida por ZURITA MARTÍN, I., *El contrato de aportación de solar*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1995, pág. 47: sostiene que el mecanismo de la certificación de obra del arquitecto supondría eliminar, por la sola voluntad de los contratantes, la figura de la tradición: "las partes no gozan de la facultad de establecer un término –la conclusión de la obra o la certificación del arquitecto- a partir del cual se entenderá entregada la cosa, sino que será preciso llevar a cabo cualquier otro acto concluyente para que se considere transmitida la propiedad, como puede ser la entrega de llaves del apartamento a su nuevo propietario". Del mismo modo MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Mª. D., *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pág. 385: es nuestro parecer, que no puede transmitirse la propiedad por la tradición instrumental de una cosa que no existe, ni siquiera con carácter suspensivo hasta que se vaya construyendo ésta, es inaplicable a la venta futura el artículo 1462.2 del Código civil. Asimismo HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Mª. D., "Permuta de parcela por pisos y locales a construir (comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996)", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 21, 1996, pág. 239.

[97] Otra objeción a esta construcción, como destaca PLANA ARNALDOS, es que una vez reconocida la posibilidad de contratos con objeto futuro y la posibilidad de entrega abstracta, la negativa a admitir la eficacia transmisiva de la escritura contractual, en estos casos, plantea, tantos o más problemas

No obstante, existen ciertos autores[98] que, aunque piensan, igualmente, que es imposible que existan derechos reales sobre un objeto futuro y, que tales derechos se puedan transmitir con carácter actual, ya que la entrega no se puede realizar, sin embargo, defienden que, una vez que el objeto futuro exista, no será necesario ningún nuevo acto de entrega y será suficiente para la transmisión de la propiedad con la escritura pública inicial. Entienden que la escritura pública puede tener una eficacia transmisiva diferida, lo cual estaría permitido, a su juicio, por el propio art. 1462.2 CC ("...si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario"), de donde no se deduce que quepan sólo dos posibilidades: que la tradición se produzca en el momento de formalizar la escritura o, que ya no se produzca.

El precepto mencionado deja una puerta abierta al acuerdo entre las partes sobre la posibilidad, entre otras, de aplazar la tradición a un momento posterior. En este sentido, los contratantes pueden prever, en el momento de la celebración del negocio, que el desplazamiento de la propiedad de los pisos o locales tenga lugar cuando éstos se hayan levantado. No será necesario, entonces, ningún nuevo acuerdo, sino que bastará la certificación de obra del arquitecto para considerar transmitida la propiedad de los mismos, que será complementaria de la inicial escritura pública[99]. A imitación del sistema

---

lógicos que los que se tratan de evitar: No parece demasiado razonable que se hagan dos escrituras, con el mismo contenido y entre los mismos contratantes, para adquirir un mismo inmueble (*Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 128).

[98] Es el caso de ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pág. 307: que estima que entonces, la cosa ya no es futura sino presente, siendo la posesión del vendedor, por lo que parecen haberse sanado los obstáculos que impedían, en la fase precedente, la aplicación del art. 1462.2 CC; en consecuencia, el título será inscribible. Además LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1967, pág. 306: No vemos inconveniente en que se pacte en la escritura de permuta que se entenderá entregada la cosa permutada y transmitida su propiedad, por la mera constancia de la terminación de la obra en el oportuno documento. Partiendo del art. 1462 CC, el instrumento público de permuta que bastaría por sí para entender entregada la cosa permutada, siempre que el transmitente se hallare previamente en su posesión, difiere dicha entrega instrumental al momento del nacimiento de la cosa, de la ultimación de la construcción del piso, siendo el certificado del arquitecto, meramente complementario de dicha escritura. En igual sentido, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, págs. 353 a 356. Vid. también DE LA ROSA DÍAZ, *La permuta, desde Roma al Derecho español actual*, Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 392-393.

[99] ZURITA MARTÍN considera que el argumento sobre el que se asienta esta tesis no adolece de suficiente consistencia. La autora expone que "la propiedad de los bienes inmuebles se transmite, por lo general, por medio de un acuerdo traslativo en una escritura pública. Tan sólo cuando ésta no ha existido, o cuando las partes han excluido expresamente la eficacia traslativa de la misma, la transmisión del dominio se produce una vez que en el adquirente se ha creado, con el consentimiento del tradente, la apariencia de titularidad real, que llamamos posesión, es decir, cuando se ha seguido un comportamiento traslativo que permita la creación de un signo exterior de recognoscibilidad de la titularidad real o una apariencia de la misma. A este respecto, se cuestiona si, ante la imposibilidad de que la escritura transmita la propiedad de los pisos futuros, ¿cumple la referida certificación de obra del arquitecto el papel de signo exterior recognoscible de la titularidad dominical? Parece que sí. Tras el estudio en profundidad del tema y, en vista a las nuevas

propuesto por la jurisprudencia francesa, consideraron que una vez que llega a existir en el mundo real el objeto vendido, se sana el obstáculo para la transmisión, y la propiedad se transmitiría automáticamente, sin necesidad de actos posteriores, sino sencillamente por la existencia sobrevenida de la cosa.

Teniendo en cuenta lo dicho, la postura que estamos describiendo tiene ciertas aristas que impiden que nos convenza por completo. En principio, su carácter obligacional, que no da plena satisfacción a los legítimos intereses de quienes intervienen en el negocio; pues, un acuerdo de tal naturaleza no desvirtúa el carácter meramente crediticio del derecho del adquirente hasta tanto no tenga lugar la referida certificación de obra, que lo único que haría sería adelantar algún tiempo la transferencia del dominio. Por otra parte, estas posiciones parecen incurrir en una contradicción interna[100]: la naturaleza jurídica de una relación no puede cambiar en un momento dado, a resultas de un simple hecho material como es la construcción de un edificio[101].

Aunque se acepte que la escritura pública en la que se documenta la compraventa del piso en construcción puede servir de tradición instrumental diferida, que no requiere ser reiterada en el futuro, salvo que quedará constancia registral de semejante expectativa de propiedad futura, esta interpretación no pone a salvo al comprador frente a derechos que, en el *ínterim*, hubiera adquirido sobre la cosa un tercero, registralmente protegido, ni tiene carácter retroactivo, a efectos de la tercería de dominio.

Nos parece que la única solución a este problema pasa, necesariamente, por la institución registral, ya que, una cosa es la transmisión efectiva de la propiedad de los pisos en construcción, y otra, la posibilidad de su constancia en el Registro de la Propiedad. De tal forma que, debe propugnarse que ese contrato de compraventa realizado en escritura

---

aportaciones doctrinales, jurisprudenciales y legales en la materia, hemos de sostener, en la actualidad, que el acuerdo de los interesados difiriendo la tradición a un momento posterior, sin necesidad de nuevo pacto, no debe ser a priori rechazado". En este nuevo trabajo, ZURITA MARTÍN, I., "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, págs. 1891 y 1892, la autora matiza la postura que mantenía en un trabajo anterior, vid. *El contrato de aportación de solar*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1995, pág. 47.

[100] Del mismo modo BERCÓVITZ ÁLVAREZ, rechaza esta explicación tradicional, considerando que tiene escasa base legal, a no ser que se interpretase la existencia de una condición tácita del negocio transmisivo, que consistiría en la terminación de la obra (vid. *Tradición instrumental y posesión*, op. cit., pág. 170).

[101] En igual sentido, pero a propósito de la naturaleza jurídica del derecho de sobreedificación, puesto que, en una primera fase aparece como un derecho real sobre cosa futura, vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., "El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento (Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)", en *RCDI*, núm. 664, marzo-abril 2001, págs. 698-699.

pública conste en el Registro, de alguna manera. Es por ello, que no podemos compartir la posición mantenida por ROGEL VIDE[102], según la cual, aún cuando la compraventa aparezca instrumentalizada en escritura pública, ésta no tendrá acceso al Registro de la Propiedad (pese a admitir que cabe la posibilidad de inscribir los pisos en construcción), ya que ésta no será un título inscribible, pues como la cosa no ha nacido, la obligación de entrega no ha surgido, siendo la posición del comprador meramente obligacional y, por lo tanto, la compraventa no se puede inscribir.

En nuestra opinión, documentado el contrato de compra de la vivienda en escritura pública desde el inicio, aunque se considere que la misma no transmitirá la propiedad, sin embargo, atribuiría al comprador un derecho oponible *erga omnes*, inscribible en el Registro de la Propiedad; sin perjuicio, de que cuando la obra esté concluida, la transmisión efectiva de la propiedad y entrega de la finca se realice por acta notarial de entrega, en la que el notario comprobará que se ha otorgado el certificado final de obra y el Libro del Edificio.

B) El derecho del adquirente se enmarca en el ámbito jurídico-real.

Existe la convicción por parte de cierta doctrina[103] de que la escritura pública en la que se recoge el negocio de transmisión que recae sobre el piso en construcción (o bien la escritura de cesión de solar por pisos) puede provocar la transmisión actual del dominio

[102] Precisión que realiza en su detallado trabajo, ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, op. cit., pág. 281. Si bien, algún autor que también considera la tradición como diferida, estima que se podría practicar una anotación preventiva, al margen de la obra nueva en construcción o, incluso, al margen de la inscripción del solar inscrito a nombre del promotor, antes de la constitución de la propiedad horizontal (en este sentido, vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, op. cit., págs. 356-357)..

[103] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A., "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1969, pág. 192. LÓPEZ FRÍAS, A., "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. 961 y ss. Ver también la obra, de la misma autora, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 48 a 61. BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, op. cit., págs. 168 y ss. CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996", en *CCJC*, núm. 43, enero-marzo 1997, pág. 65. GONZÁLEZ CARRASCO, C., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1997", en *CCJC*, 1997, págs. 276 y ss. SERRANO CHAMORRO, Mª. E., *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 1999, págs. 363 a 368. ZURITA MARTÍN, I., "Protección jurídica del aportante de solar...", en op. cit., pág. 1893; PLANA ARNALDOS, M.ª C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, op. cit., págs. 127-128; ALONSO CASADO, J., "Permuta (solar por piso futuro)", *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 291, julio-agosto 1992, pág. 1758; BONET CORREA, J., "La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir", *RDN*, núm. XXXIII-XXXIV, julio-diciembre 1961, págs. 270 y 275. En esta línea doctrinal se sitúan las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1994 (RJ 4094) y 14 de noviembre de 1997 (RJ 8123); así como las resoluciones de la DGRN de 16 de mayo de 1996 (RJ 3950) y 9 de enero de 1999 (RJ 41).

sobre los inmuebles que se han de construir. Desde una perspectiva jurídico-privada, han sido muchos los esfuerzos realizados, en pos del reconocimiento de una titularidad dominical actual a los compradores de pisos en construcción. Después de examinar las muy diversas opiniones vertidas al respecto, consideramos que cabe establecer una doble clasificación que separa a aquellos que defienden la posibilidad de que se transmita la propiedad sobre el piso desde un primer momento, aunque se encuentre en construcción. En este caso, se sostiene que lo que se puede transmitir *ab initio*, es una cuota sobre la propiedad del solar, equivalente a la que habrá de corresponder al piso comprado en el futuro edificio, y que se irá transformando en titularidad dominical a medida que se vaya materializando su construcción. También destaca otro sector doctrinal que se inclina por el recurso a la noción de existencia registral del bien. De este modo, una vez que mediante la inscripción del piso en construcción se ha creado o especificado el objeto de derechos reales, no parece haber obstáculo alguno para que, si las partes así lo desean, se transmite el derecho real sobre ese objeto.

No se considera obstáculo a la eficacia traditoria de la escritura la excepción contenida en el artículo 1462.2 CC ("si de la misma escritura resultare o se dedujere claramente lo contrario"), porque tal previsión normativa, se refiere, según estos autores, no a los casos en que la cosa carece de existencia material o no puede ser puesta a disposición del adquirente, sino a los supuestos en que queda claramente plasmada en el propio documento la voluntad de las partes de diferir la transmisión del derecho real a un momento posterior al del otorgamiento de la escritura pública. Subyace a esta idea la concepción de la tradición como modo transmisivo y no como simple entrega de la posesión. Concepción que permite entender la posibilidad de que quien es propietario pero no poseedor pueda transmitir el dominio a través de la tradición instrumental.

Dada una escritura pública en la que se recoge una venta de un piso en construcción, de tal forma que una de sus cláusulas establezca que queda aplazada la entrega o se exprese que dicha entrega se realizará en un momento posterior al otorgamiento de la misma, ¿podemos entender que produce efectos traslativos del dominio y, por tanto es un título apto para ser inscrito en el Registro de la Propiedad, o no? La Dirección General de los Registros y del Notariado[104] se ha pronunciado sobre el posible significado que tal estipulación podría tener. El Centro Directivo considera que cuando el

[104] Vid. RRDGRN de 30 y 31 de marzo de 2001 (BOE de 16 de mayo de 2001), 25 de enero de 2001 (BOE de 23 de febrero de 2001) y 16 de mayo de 1996 (RJ 3950).

párrafo segundo del artículo 1462 CC, 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 efectos de tener por realizada la tradición dominical, aún 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 una cosa ya ajena al vendedor, y no como exclusión inequívoca de tal efecto traditorio inherente a la escritura pública.

Como ha puesto de relieve ALBALADEJO[105], "en el art. 1462.2 no dice que el otorgamiento de la escritura equivalga a entrega, salvo que de la escritura resulte que no se entrega efectivamente, sino que dice que equivale a la entrega salvo que de la escritura resulte o se deduzca lo contrario. O sea, lo que debe deducirse de la escritura para que su otorgamiento no constituya la tradición instrumental (es decir, no equivalga a entrega), es, no que la cosa no se entregó realmente, sino que la voluntad de las partes es contraria a que el otorgamiento sea traditorio. Lo cual es perfectamente cosa aparte de que de la escritura se deduzca que no hubo entrega efectiva. Pues con independencia de que ésta no se haya producido, las partes pueden querer que el otorgamiento de la escritura sea traditorio instrumental. De modo que entonces valdrá como tradición, siendo sin embargo seguro -porque se deduce de la propia escritura- que no hubo la real".

a) Transmisión de la propiedad de una cuota del solar y adquisición de los pisos a medida que se vaya efectuando la edificación, dado que el piso proyectado es una cosa en formación.

Se entiende que en virtud del contrato de compraventa, el adquirente deviene titular de una parte del solar, como elemento común del futuro régimen de la propiedad horizontal, en el que dicho adquirente participa en tanto que titular de un elemento

[105] ALBALADEJO, M., *Derecho civil* III. *Derecho de bienes*, vol. 1º, *parte general y derecho de propiedad*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, pág. 152. También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, considera que equivaler a la entrega, significa que produce los efectos de la entrega, es decir, que basta la escritura para entender cumplido el requisito formal de la tradición, salvo que de la misma escritura resultare o se deduzca lo contrario, por ejemplo, si se conviene en la misma escritura, en aplazar la tradición (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I, op. cit., págs. 104-105).

privativo, y conforme avance la construcción, irá adquiriendo, por accesión[106], los inmuebles que le corresponden.

Esta concepción, parece ser, la que desarrolla DE LA CÁMARA ÁLVAREZ[107], que descarta la idea de que el piso proyectado sea una cosa totalmente futura. A juicio del autor, el piso proyectado sería, efectivamente, una cosa futura si sólo el piso y nada más que el piso constituyera el objeto de la propiedad horizontal. Pero, el objeto de la propiedad horizontal es complejo. Está integrado por dos elementos: el espacio cúbico construido que el piso es y, además, una parte alícuota en los elementos comunes del edificio. No se trata de dos derechos distintos que correspondan por separado al propietario. Éste es titular de un único derecho que se proyecta sobre aquellos dos elementos que aparecen indisolublemente unidos, de tal forma que, jurídicamente, constituyen un todo. Los pisos en construcción tienen una base actual y presente constituida por el mismo solar, el vuelo y el subsuelo de la finca[108].

---

[106] Como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS un derecho real sobre cosa futura es una entelequia. Lo que sí caben son derechos reales cuyo contenido comprende posibilidades futuras de una cosa ya existente (o a favor de una finca ya existente). El derecho real tendrá, pues, por objeto una cosa que ya existe (por ejemplo un solar, una tierra) y las facultades de ese derecho afectarán, en su medida, a las facultades de accesión (que comporta la propiedad) sobre frutos o construcciones. En consecuencia, el derecho que adquiere quien compra un piso o local en régimen de propiedad horizontal en un edificio a construir, mediante una escritura de compra (que equivale a la tradición, cfr. art. 1462.2 CC), es un verdadero y actual derecho real sobre el solar y "la edificación que accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local" "a medida que avanzan las obras" (RDGRN 16 mayo de 1996 [RJ 3950]). Vid. *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I, op. cit., págs. 67 y 68.

[107] DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *Estudios de Derecho Civil. Estudio sobre la propiedad horizontal*, Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 309: el autor, en esta ulterior obra, matiza lo que comentamos, en el sentido que considera que no es necesario que se haya otorgado el título constitutivo y fijado la cuota correspondiente al piso, pues la determinación de ésta puede hacerse en cualquier momento acudiendo a los datos señalados al efecto por el artículo 5 LPH.

[108] ALONSO CASADO, J., "Permuta...", op. cit., pág. 1752; VÁZQUEZ-BOTE, E., "Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del derecho. Exigencias de un una nueva normativa jurídica", en *RCDI*, núm. 573, 1986, págs. 248, 260 y 273. Otra perspectiva, es la de GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., "Piso futuro y viviendas acogidas", en *RCDI*, 1970, págs. 739 a 743: este jurista apunta la posibilidad de configurar la relación jurídica entre los contratantes en el campo de los derechos reales, pero entendiendo que el constructor confiere a su contraparte una titularidad preventiva sobre los pisos o locales. Esto es lo que ocurre en el supuesto de que los pisos proyectados sobre el solar se adjudiquen en régimen de copropiedad pro diviso o por pisos, a sus futuros propietarios, porque si bien es cierto que en la realidad no hay edificio ni pisos, sino pensamiento de construirlos o mero proyecto, pero que altera el régimen de la accesión industrial, que es el legal o normal, si no se pacta lo contrario en virtud de un derecho de superficie o una copropiedad por pisos. Y precisamente al desviarse el efecto jurídico propio de la accesión industrial, hay una razón, un interés digno de tutela y el art. 8.4 LH protege con la pertinente inscripción. Esta titularidad preventiva sobre el futuro piso o local repercute sobre el solar, insinuando, señalando o marcando la copropiedad sobre la propiedad aún única del solar; si la titularidad fuese definitiva o derecho subjetivo, su objeto, el solar sería una cuota, una copropiedad, no una propiedad. Admitida esta titularidad preventiva o relación preliminar sobre el solar, que automáticamente devendrá en titularidad definitiva o relación jurídico-real también definitiva con la construcción del piso o local.

Por consiguiente, desde que el propietario único, o la pluralidad de propietarios del solar, otorgan el título constitutivo de la propiedad horizontal y, afectan el solar al régimen jurídico dimanante de dicha institución, especificando las cuotas o partes de aquél que, como elementos comunes, quedan adscritos a la propiedad de cada departamento, no puede decirse, con verdad, que el piso en proyecto sea una cosa totalmente futura[109], puesto que existe ya, en la realidad física, uno de los soportes objetivos de la propiedad horizontal, con determinación de lo que es objeto de la misma, tanto por lo que se refiere a lo existente (cuota en el solar que es el elemento básico), como a lo que todavía es proyecto (el piso propiamente dicho). Por la propia esencia de este tipo de propiedad cada condueño tiene una participación en el solar como elemento común de carácter necesario[110]. Aparentemente se trata de un resultado, pues de la propiedad del piso o local se deriva el derecho al solar, pero en el proceso de construcción la vía es inversa: de la propiedad del solar se parte para la del edificio y aquél pasa a ser elemento de éste. Como se tenga el solar, se adquirirá el edificio: de uno o de varios, en propiedad común o en dominio desmembrado[111].

Una vez definido el edificio mediante el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal, si el convenio transmisivo se ha documentado en escritura pública durante la construcción del edificio, e incluso antes de iniciarse ésta, la tradición

[109] Igualmente FONT BOIX considera que existiendo un edificio definido en virtud de la existencia de un proyecto aprobado oficialmente, en tal supuesto se halla perfectamente determinado el objeto de la propiedad horizontal, no siendo conveniente considerar el piso proyectado como cosa futura, y por tanto, no susceptible para ser objeto de propiedad, ya que no lo es totalmente, en cuanto uno de sus elementos, el solar, existe desde un principio. La base de la solución civil del problema, se encuentra en el solar, con el que se presenta conectado *ob rem*, como contenido patrimonial esencial del mismo, el espacio aéreo delimitado perfectamente por su de edificabilidad (FONT BOIX, V., "La propiedad inmobiliaria urbana en el mundo actual: adquisición, protección y limitaciones", (XII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1973), en *Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1975, págs. 751-752).

[110] Tal y como afirma GARCÍA-ARANGO, la concepción clásica, según la cual la compra de pisos en construcción es una típica compraventa de cosa futura (que carece de existencia actual y sobre la que es imposible articular una titularidad real del comprador), ha de estimarse superada, entre otras razones porque el objeto de la propiedad horizontal no está constituido solamente por el piso o elemento privativo, sino que el derecho de cada propietario se proyecta necesariamente sobre el total del edificio, dada su unidad inescindible –física y jurídicamente-; además, el soporte básico de la propiedad horizontal lo constituye el solar o terreno sobre el que se construirá el edificio, que, naturalmente, existe *ab initio* es la plataforma indispensable sobre la que se articula el propio régimen horizontal y las titularidades reales a él conexas (vid. "La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción", en op. cit., pág. 940).

[111] SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J., GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las garantías de los adquirentes de viviendas...", en op. cit., pág. 123.

instrumental podría equivaler a la entrega de los pisos, siendo entonces la transmisión plenamente eficaz[112].

Por ello, cuando se habla de pisos en construcción, 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 estado puramente obligacional. Únicamente podría hablarse de verdadera venta de cosa futura si el promotor no es todavía titulara del solar o el edificio está totalmente indeterminado y tiene sólo una existencia mental[113].

Un posible obstáculo que surge ante tal construcción jurídica, por lo demás impecable, y con la que estamos de acuerdo, se podría condensar en la siguiente pregunta, que formula LUCAS FERNÁNDEZ[114], ¿En la compraventa de piso futuro, cabría entender que forma parte de la misma el solar? Normalmente, el que compra en el edificio futuro, no contempla como objeto del contrato el solar, no quiere que se produzcan los hechos y el negocio de ese modo. Lo que le interesa es un bien: el edificio construido, ciertamente, sobre tal solar, pero, antes de que el piso o local se encuentre construido, no adquirirá un derecho real actual sobre los elementos comunes ya existentes, como el solar, pues la participación en los elementos comunes es aneja a la propiedad separada del piso[115].

Compartimos la objeción anterior, ya que, si la titularidad sobre una cuota del solar tiene su origen en la naturaleza de elemento común del solar en el régimen de propiedad

---

[112] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A., "Modalidades...", en op. cit., pág. 192; ALONSO CASADO, J., "Permuta...", op. cit., pág. 1758; y BONET CORREA, J., "La servidumbre...", en op. cit., págs. 270 y 275.

[113] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, GARRIDO CERDÁ, y SOTO BISQUERT, "Modalidades...", en op. cit., págs. 178-179.

[114] LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro...", en op. cit., pág. 283.

[115] En sentido semejante, vid. MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, op. cit., págs. 11-12: los contratos sobre pisos en proyecto lo son sobre tales pisos proyectados, y sólo por vía de consecuencia, sobre los elementos fácticos que los constituyen, por lo que no cabe plantear el contrato sobre estos mismos elementos aisladamente considerados sin producir una gran alteración en la condición misma del contrato que se pretende concertar y en su mismo tratamiento jurídico. Por ejemplo, contratar la transmisión de una cuota parte del solar o de una determinada unidad de ejecución de obra, en lugar de concertar el contrato sobre el mismo piso proyectado como tal cosa futura, y viceversa. No procede expresar en el contrato la venta actual y de presente de la cuota parte del solar que corresponda al coeficiente del piso en relación con el inmueble y sus llamados elementos comunes. Lo que se vende es el piso con su coeficiente y no la cuota parte del solar con el derecho al piso correspondiente. También BATISTA MONTERO-RÍOS, J., "Las servidumbres a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir", en *RDP*, marzo 1962, págs. 199 y 200: El piso es elemento principal, debiendo entregarse a la vez, como es lógico, su parte en los elementos comunes. No hay por tanto, adquisición previa del solar, como no la hay de los ladrillos con que se vaya a construir; el objeto del contrato es el piso, como *corpus unitum*. (...). Igualmente vid. LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad...*, op. cit., págs. 51-52.

horizontal, no puede existir la titularidad sobre el solar hasta que no exista el régimen de la propiedad horizontal, a través del otorgamiento e inscripción en el Registro de la Propiedad del correspondiente título, especialmente, teniendo en cuenta que la determinación de la cuota de participación en la propiedad del solar dependerá de los elementos privativos que le correspondan al adquirente[116]. Pero, además, no se entiende cómo es posible adquirir la titularidad sobre un elemento común sin adquirir, previamente, el dominio del elemento privativo, ya que la propiedad horizontal se caracteriza por la unión entre elementos comunes y privativos, de forma que, no puede existir la propiedad separada de unos y otros[117].

Estos interrogantes necesitan una respuesta antes de incorporar esta postura a nuestro Ordenamiento. No debemos olvidar que nos encontramos con unos contratos cuyo objeto específico es el piso o local a construir y, en los que ninguna referencia se hace a la titularidad del solar durante el transcurso de la construcción. Ante este estado de cosas entendemos que, considerar sin más, a falta de estipulación convencional concreta, que la celebración de estos contratos implica la automática cesión de los derechos del vendedor

[116] Esta tesis se mantiene en la RDGRN de 16 de mayo de 1996, según la cual, "...el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto de presente, implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recayente sobre el solar (...); con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente: la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local (...) a medida que avanzan las obras ...". CARRASCO PERERA, entiende que la tesis sostenida por la DGRN, es incompatible con admitir, tal y como hace esa resolución previamente, la eficacia traditoria de la escritura en la que se documenta el contrato. El autor interpreta el texto de la resolución a la que aludimos, entendiendo que lo que adquiere el cedente desde la celebración del contrato, no es una cuota en la propiedad del solar, sino una titularidad dominical sobre el piso o local futuro, como propiedad separada cuya titularidad se adquiere por anticipado, de manera que además, el cedente adquiere una cuota sobre el solar. Pero esto sólo puede ocurrir cuando nace el régimen de la propiedad horizontal. Sin olvidar que es difícil explicar el funcionamiento de la situación de comunidad que se crearía sobre el solar de admitir la tesis mantenida por la DGRN: ¿cómo se convierte la copropiedad del solar en propiedad del piso? ¿qué significa acceder la propiedad de lo edificado a una cuota de condominio en el solar? ¿la división horizontal supondrá una disolución societaria y tendrá que tributar por ello? ... (vid. "Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996", en *CCJC*, núm. 43, enero-marzo 1997, pág. 71).

[117] Siguiendo a PLANA ARNALDOS, considera que, si bien, esta postura, en principio nos ahorraría las interpretaciones discutidas sobre la eficacia transmisiva de la escritura pública en los negocios sobre cosa futura, estima que tras su aparente sencillez, presenta graves inconvenientes: en primer lugar, hay que tener en cuenta que siendo el cedente propietario del suelo, se ve afectado por todos los riesgos de la construcción, que es algo que quería evitar; por otro lado, si el cesionario-constructor no es propietario del terreno, no podrá hipotecarlo, haciendo inviable el contrato, salvo que el cedente consienta en la hipoteca (*Cesión de solar a cambio...*, op. ci., págs. 160 y 162). En el mismo sentido, ECHEVERRIA SUMMERS, (*El estatuto de la propiedad horizontal*, Comares, Granada, 2000, págs. 138-142) considera que reconocer una titularidad dominical *ab initio* a los compradores de futuros pisos, comporta indudables inconvenientes para los mismos: como son las consecuencias que se derivan a efectos fiscales, mientras se prolongue la construcción, o las que se ocasionan por el hecho de convertirse en propietario del terreno y, consiguientemente, responsables últimos frente a la administración del estado de la obra, o incluso, las que puedan surgir de su incorporación a las relaciones contractuales que el propietario inicial hubiera entablado con la constructora, los técnicos, etc.

sobre el suelo, en proporción equivalente a la cuota que tendrá el piso en el edificio construido, sólo podría derivarse de un concreto precepto legal que en la actualidad brilla por su ausencia en nuestro sistema. Esto lo demuestra el hecho de que, por ejemplo, en Francia, donde se encuentra incorporada esta solución, existen textos legales que la respaldan. Por esta razón, entendemos que, mientras no se produzca una modificación legal al respecto, dicha cesión debe estipularse oportunamente por las partes al celebrar el contrato, así como, expresar qué repercusión habrá de tener la misma durante la fase de construcción.

b) Existencia registral del piso en construcción.

Acabamos de ver cómo se intenta zanjar el problema que supone considerar el piso proyectado como una cosa futura, sobre la cual no se puede articular una titularidad jurídico-real, acudiendo al expediente de considerar tal piso proyectado como un objeto en formación, y especialmente, como un objeto complejo, de manera que el derecho de cada adquirente se proyecta sobre la totalidad del edificio, incluyendo el solar o terreno sobre el que se verificará la edificación.

Por otro lado, nos encontramos un importante sector doctrinal[118] que intenta superar la dificultad de la falta de materialidad del piso proyectado, acudiendo, a lo que podríamos llamar el "expediente de la finca registral", que requiere la existencia de escritura publica de venta mas división horizontal del edificio inscrita en el Registro de la Propiedad[119].

[118] En esta línea BERCÓVITZ ALVÁREZ, propone el siguiente supuesto: la compraventa de vivienda unifamiliar proyectada en una finca concreta. El promotor se compromete a un dar, y a un hacer. Nada impide cumplir la primera de las dos obligaciones, en primer término: la finca, el terreno, el solar ..., preexiste a la construcción. Y por tanto es transmisible. Se transmite el derecho real sobre lo que ya hay y, a esa titularidad real, se añade el crédito por el que se tiene un derecho a exigir un hacer: la obra. Aun transmitida la propiedad sobre el solar, subsistirá la obligación de construir. La vivienda unifamiliar la puede hacer suya el comprador sencillamente por accesión respecto de lo que ya es suyo (el suelo) si se le ha transmitido. De ahí a aceptar la misma argumentación conceptual en el caso de fincas por pisos hay tan sólo un paso. También el espacio en el que se construye un piso determinado preexiste. Gracias a la evolución de la técnica del Derecho, hemos podido separar el dominio del suelo primario, del de espacios por encima o por debajo. No hay más que pensar en el derecho de vuelo o en el derecho de superficie. Su objeto preexiste, es (derechos reales), no hay que hacerlo (conductas obligadas; mundo de los derechos personales). Una vez existe registralmente, el objeto es transmisible (del mismo modo que cabe hipotecar la casa en construcción). Y el distinto grado de ejecución de la obra, no afecta a la preexistencia del espacio que es objeto de derecho real. (vid. *Tradición instrumental y posesión*, op. cit., págs. 172-173).

[119] Lo que vamos a exponer debe entenderse suponiendo superado un problema interpretativo que sería lógico despejar como condición previa y que posteriormente tendremos ocasión de desarrollar. En efecto, para que se pueda inscribir cada piso o local, es preciso que previamente lo esté el edificio en su conjunto y el régimen de división horizontal. Pero para ello hace falta que la construcción esté al menos comenzada. Con todo, una interpretación *contra legem* ya ampliamente asentada, y que fue sugerida por DE

Destacamos la opinión de LÓPEZ FRÍAS[120], que articula su postura realizando una doble consideración; por un lado, defiende la posible eficacia traditoria de la escritura pública (de compraventa o de permuta) en relación a los pisos futuros. Pero, por otro lado, entiende que dadas las características del dominio como derecho real, el nacimiento del mismo requiere que su objeto esté claramente determinado y sea de alguna forma existente. Ello no significa que esa existencia del objeto tenga que ir obligatoriamente referida a un sustrato material o tangible del mismo. Todo lo anterior se traduce en la necesidad de que, si el edificio no tiene existencia material, al menos, existan registralmente los pisos y locales a construir, es decir, que conste en el Registro la división horizontal del edificio proyectado.

Será desde que se produzca la inscripción del título constitutivo de la propiedad horizontal cuando despliegue su efecto transmisivo el documento escriturario y pueda ser considerado el adquirente del piso proyectado como propietario de las dependencias que el contrato le atribuye. En nuestra opinión, el propio art. 13.2 RH (antes de ser parcialmente anulado por la STS de 31 de enero de 2001 [RJ 1083]) parecía situarse, implícitamente, en esta línea, al establecer que la inscripción de la propiedad horizontal determinará que esas dependencias o elementos del edificio queden inscritos a favor del cedente, quien, a partir de dicho momento, figurará en el Registro como titular dominical de los mismos.

El hecho de que el objeto de la compraventa sea o no materialmente poseíble, en el momento de la escritura (por ejemplo, porque la construcción esté simplemente proyectada), debe permanecer al margen del debate que rodea la interpretación del artículo 1462 CC. El único requisito añadido a esa voluntad de transmitir el dominio debe ser la determinación del objeto del derecho sobre el que recae. Pues bien, tratándose de edificio en construcción que se proyecta dividir en varios elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, esa determinación de los pisos y locales, como objetos independientes de derechos dominicales, sólo es posible a través de la escritura de división

---

LA CAMARA, y hoy es aceptada por todos, propone que comenzada equivale a proyectada, con lo que se consigue la inscripción de obra nueva de edificios totalmente inexistentes. Con todo, un mínimo de proyecto es preciso, pues si se carece de él, no se podrá obtener la licencia de obras y no será posible la declaración de obra nueva ni la división horizontal. En cualquier caso, en la práctica al no exigirse una prueba auténtica de que la construcción haya comenzado materialmente, resulta factible que accedan al Registro muchas obras nuevas en construcción y las divisiones horizontales anejas, sin que exista otra cosa que su proyecto.

[120] LÓPEZ FRÍAS, A., "La permuta de solar por pisos...", en op. cit., pág. 961; de la misma autora, vid. *La transmisión de la propiedad...*, op. cit., págs. 48 a 54. Parece compartir los argumentos de la autora RUIZ-RICO, J. A., "Transmisión actual al cedente, de pisos o locales, en el edificio a construir, en la permuta de solar por pisos (en relación con el artículo 13 del Reglamento hipotecario)", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 49, junio 1999, págs. 1730-1737.

horizontal o título constitutivo de la propiedad horizontal (artículo 5 LPH), otorgado de forma posterior o unificada, documentalmente, con la declaración de obra nueva.

Ahora bien, hay que aclarar que una cosa es considerar necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad de la división horizontal y, otra muy distinta, defender la inscripción del contrato, como requisito de validez del mismo e indispensable para que la transmisión se produzca, esto es, la inscripción constitutiva[121].

También ZURITA MARTÍN[122], considera que mediante el mecanismo de la previa inscripción de los apartamentos, se verifica el requisito de la tradición para entender transmitida la propiedad de aquéllos, puesto que, mediante el asiento correspondiente, se ha creado ese signo exterior de recognoscibilidad de la titularidad real. La existencia jurídica de los pisos o locales por medio de la inscripción suple la existencia física de los mismos, pero hasta tanto no se produzca esa constancia registral, la transmisión del dominio del piso al adquirente, resulta inviable, por la sencilla razón, de que el inmueble no manifiesta su existencia, ni física, ni jurídicamente.

Esta es la línea que mantiene ZURITA CARIÑANA[123], para quien cabe esgrimir un argumento adicional a favor de la solución propuesta, que es el representado por el hecho de que en nuestro Ordenamiento se reconoce la posibilidad de constituir hipotecas sobre un piso o local en fase de construcción. De hecho, probablemente, sea esa la razón última que se esconde tras la aprobación del artículo 8.4 LH.

---

[121] Concretamente, LÓPEZ FRÍAS parte del siguiente supuesto: pensemos que el dueño de la finca urbana realiza e inscribe la división horizontal de un edificio a construir en dicha finca. Después vende en documento privado un determinado piso del edificio, cuya construcción aún no ha comenzado materialmente. Pues bien, según la postura que defendemos, para que se transmita el dominio de ese piso al comprador bastará el otorgamiento de escritura pública (escritura que equivale a tradición de un objeto con existencia registral), pero no será necesario que se inscriba la compraventa (vid. *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, op. cit., págs. 51-52).

[122] ZURITA MARTÍN, I., "Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección", en op. cit., pág. 1893. La autora destaca, no que la inscripción sustituya a la tradición, puede existir tradición sin traspaso posesorio, la transmisión se lleva a cabo por medio de la escritura pública, pero después de que el Registro le conceda existencia jurídica a las fincas.

[123] Vid. ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., *La garantía real y la propiedad horizontal*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 27: la autora continua diciendo, que la inexistencia de objetos reales de derecho, no impide su tráfico como objetos de derechos reales, en la medida, en que la inscripción puede sustituir, normalmente, las funciones de la posesión-tradición. Lo único que no se podrá hacer es vivir en los pisos, pero, una vez inscritos, los compradores podrán enajenarlos o hipotecarlos como objetos de tráfico jurídico actual.

2.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

El contrato de venta de cosa futura es perfecto, desde el momento que hay consentimiento sobre la cosa y el precio. El problema que surge radica en determinar si es posible la tradición o entrega –por lo menos la instrumental-, al celebrarse el contrato y, como consecuencia del mismo o, es preciso, esperar a la terminación del edificio.

La cuestión es importante porque, dejando aparte los ejemplos ya clásicos de venta de cosa futura, en la actualidad, la cuestión surge en el ámbito urbano, cuando se venden pisos o locales, normalmente, en documento privado, que se van a construir sobre un solar, que es propiedad del promotor. El otorgamiento de la escritura publica no mejoraría las cosas, pues, si la propiedad horizontal no consta inscrita, mal puede inscribirse aquella escritura. Partiendo del supuesto de que la división horizontal aparezca inscrita en construcción, muy bien puede ocurrir, que todos los pisos o locales, o parte de ellos, no estén ni siquiera comenzados, lo cual tendrá reflejo en la propia escritura, con lo que se plantea el problema de la transmisión de la propiedad, es decir, la adquisición del dominio como derecho real, ¿requiere la terminación de las obras y, la posterior entrega del inmueble o, es posible que se produzca la transmisión estando el piso o vivienda en fase de construcción? La circunstancia de que en una escritura pública de compraventa figure descrito el piso como “en construcción”, ¿constituye un supuesto dudoso de tradición instrumental?, o, dicho de otra manera, ¿es el piso proyectado o en construcción un supuesto que excluya el valor traditorio que conlleva el otorgamiento de la escritura pública?.

Existe una numerosa jurisprudencia, dictada a propósito de tercerías de dominio interpuestas por el comprador de pisos de un edificio en construcción que, se encuentra con el problema de un embargo, instado por acreedores del promotor, que se hace recaer sobre tales viviendas, dado que, registralmente, siguen figurando a su nombre. Admitimos que, estando formalizada la compraventa en documento privado, mientras no exista algún tipo de entrega, no se puede adquirir la propiedad. Es por ello, que debería generalizarse el otorgamiento de la escritura pública, la tradición instrumental, para facilitar la adquisición de una titularidad real.

Por un lado, se afirma por el Tribunal Supremo[124] que, mientras no se termine la construcción, no puede existir transmisión dominical a favor del comprador (STS de 9 de marzo de 1994 [RJ 2205])[125] e, incluso, que el objeto de la venta, en estos casos, no existe y, en consecuencia, no puede ser transmitido hasta que finalicen las obras. También la sentencia de 9 de octubre de 1997 [RJ 7065], contiene la misma doctrina. Afirma esta resolución que, no es posible inferir del otorgamiento de la escritura pública la concurrencia de la tradición respecto del local que, una de las partes, se había obligado a construir y entregar, y ello, por tratarse de una cosa futura, inexistente en el momento de perfeccionarse el contrato, de tal manera, que tal pacto, al versar sobre una cosa *speratae*, aunque esté determinada, solo 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*. Y añade, más adelante, 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[126].

Se ha propuesto, por cierta doctrina[127], que todas estas resoluciones en las que el Tribunal Supremo desestima tercerías de dominio, entendiendo que no puede haber transmisión de dominio, hasta que no medie el inexcusable requisito de la entrega de los pisos y locales, una vez terminada la obra, no quiere decir, sin más, que el Alto Tribunal

[124] También las SSTS de 15 de junio de 1992 [RJ 5135], y 3 de octubre de 1997 [RJ 6965].

[125] Vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1994", en *CCJC*, núm. 35, abril-agosto 1994, págs. 687-701.

[126] Una muestra, evidente, del peligro que recae sobre el comprador, se desprende de la STS de 18 de febrero de 2002 (RJ 3511). En esta resolución el TS, ante la desestimación de una tercería de dominio en primera y segunda instancia, tiene que resolver el recurso de casación interpuesto por el comprador, en documento privado, de una vivienda en construcción, cuya entrega se retrasó seis meses sobre la fecha prevista y, fue embargada, seis días antes del otorgamiento de la escritura pública: se compra una vivienda en construcción en documento privado el 4 de junio de 1990, siendo la vivienda embargada por deudas del vendedor, el 26 de mayo de 1992, pocos días antes del otorgamiento de la escritura pública, que tuvo lugar el 2 de junio del mismo año. La anotación preventiva del embargo se practicó en el Registro de la Propiedad el 18 de julio, y la inscripción de la escritura de compraventa se produjo el 14 de septiembre del citado año. El recurso, interpuesto por los compradores, es desestimado, pues, se considera que el embargo existe, jurídicamente, desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro. La anotación preventiva del embargo no es obligada o necesaria, hasta el punto, que la omisión de tal asiento, no impediría proceder a la realización forzosa de la finca afectada, la cual surtiría plenos efectos, con relación al dueño cuya adquisición no hubiese sido, cronológicamente, anterior a la práctica de la traba. Vid. el comentario de MONDÉJAR PEÑA, M.ª I., "Embargo de vivienda en construcción. Improcedente ejercicio de una tercería de dominio por el comprador sobre plano. Comentario a la STS de 18 de febrero de 2002 (RJ 3511)", en *RdP*, núm. 10, 2003-1, págs. 361-369.

[127] ZURITA MARTÍN, I., "Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección", en op. cit., pág. 1895.

rechace la idea de considerar la existencia jurídica de la finca, por su constancia registral, como medio idóneo para cumplir con la *traditio* exigida por el Código civil, lo que ocurre, es que esta circunstancia, no se le ha planteado en los supuestos en litigio que ha conocido y, por ello, no ha podido tenerse en cuenta por él.

Existe otro grupo de resoluciones que, si bien, y como es lógico, continúa exigiendo la concurrencia de dominio en el tercerista y, formalmente, parece no apartarse de la teoría del título y el modo, sin embargo, entienden que es posible la existencia de actos o indicios posesorios sobre el inmueble en construcción, por parte del comprador, que permiten deducir que dicho inmueble se halla a su disposición y, que se ha cumplido, por tanto, el requisito de la tradición. Refuerza la existencia de tradición, anterior al embargo, la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: que el comprador introduzca ciertas mejoras en las instalaciones del piso, que el documento privado de compraventa haya accedido a algún registro público, o bien, que esté inscrito en el Registro de la Propiedad el régimen de propiedad horizontal del edificio cuya construcción está comenzada.

Respecto de la introducción de mejoras en el inmueble, el Tribunal Supremo distingue, según que las mejoras sean realizadas por el tercerista y con materiales por él adquiridos, en este caso, se entiende que este tipo de mejoras constituyen una prueba de que el piso se hallaba a disposición del comprador y éste ejerce la posesión sobre el mismo (SSTS de 2 de febrero de 1994 [RJ 563][128] y 10 de mayo de 1994 [RJ 3896][129]). En la última resolución citada, niega el recurrente que la 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 se desestima por el Alto Tribunal, pues,

[128] Comentada por HERRADA ROMERO, R. I., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994", en *CCJC*, núm. 35, abril-agosto 1994, págs. 463-476.

[129] Deriva el recurso de casación, sustanciado en estas actuaciones, de autos de tercería de dominio sobre finca urbana instado por, la ahora recurrida, doña María Teresa V. A., contra el Ministerio de Hacienda, Recaudación de Tributos...; habiendo sido estimada la demanda, en ambas instancias, de manera uniforme, al declarar el Juez de 1.ª Instancia, y lo confirmó la Sala de apelación, que la finca descrita en el documento privado de fecha 15 de diciembre de 1986 piso..., es propiedad de la actora, y ordenar se alce y cancele la anotación de embargo trabado, expidiendo, a tal efecto, el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad. Fueron hechos básicos, que se consideraron probados, los siguientes: a) El documento privado referido, debidamente adverado y reconocido, fue considerado, por la Sala a quo, título de dominio suficiente. b) Este documento, con fecha fehaciente respecto de tercero, por haber sido visado por la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Castilla y León, con fecha 19 de diciembre de 1986, es anterior al embargo practicado por la Recaudación de Tributos mencionada, anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad el 3 de julio de 1987. c) Se probó, asimismo, que la actora tiene la posesión y el dominio del inmueble embargado, como lo acredita la posesión del mismo antes de su terminación, por la realización de mejoras por ella encargadas y satisfechas y verificadas antes del embargo.

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 CC), 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".

También se acuerda el levantamiento del embargo, en la STS de 20 de junio de 2002 (RJ 5231), de una vivienda adosada con plaza de garaje que el actor había comprado, cuando estaba en construcción, el 26 de noviembre de 1990, en documento privado, habiendo sido embargada el 5 de julio de 1993; siendo otorgada la escritura pública de venta el 2 de noviembre de 1993; si bien, en fecha de 16 de marzo de 1993, el representante de la empresa vendedora y el comprador suscribieron un documento privado, en el que se hacía constar, el acuerdo entre vendedor y comprador de la entrada en posesión por el comprador de dichos inmuebles, con la entrega de llaves, haciendo constar que la vivienda se encontraba construida, aunque le faltaban ciertos acabados.

Diferente es el caso en que las mejoras son encargadas al promotor por el adquirente, ante esta circunstancia, sostiene el Tribunal Supremo, en la resolución ya citada de 9 de marzo de 1994 (RJ 2205), que el abono de estas mejoras "sólo revela una conducta incidente en la relación contractual entre vendedor y comprador, que no puede asimilarse a la entrega de la cosa vendida, ni presupone que el comprador tenga posesión de ésta, que sigue siendo una vivienda en construcción poseída por la vendedora". También la STS de 18 de septiembre de1996 (RJ 6725), estable que "otra cosa es que el vendedor permita o tolere aquellos actos posesorios para perfeccionar o acomodar, al deseo de los compradores, la vivienda que, posteriormente, una vez construida, les ha de entregar". En estos últimos supuestos, se han considerado la realización de mejoras en las instalaciones del piso por encargo del adquirente, no como un supuesto de entrega del mismo, sino como obligaciones contractuales que, se añaden, a las ya existentes entre comprador y sociedad promotora.

Alguna resolución ha apoyado la existencia de tradición, junto a algún otro indicio posesorio, en la incorporación del documento privado de compraventa a un registro

público. De esta forma se pronuncia la STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6723), en un caso en que el contrato de compraventa fue visado, con anterioridad al embargo por la Conserjería de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de la Rioja, ya que, a juicio del ponente, el documento perjudicaba a terceros desde la fecha del visado, a tenor del artículo 1227 CC. Con mayor rigidez, la ya reiterada STS de 18 de septiembre de 1996 (RJ 6725), aclara que, el hecho de que con el visado de los contratos adquieran éstos fecha auténtica para terceros (art. 1227 CC), nada dice contra el acreedor ejecutante que embargó las viviendas, pues, el dominio puede, perfectamente, continuar en poder del deudor en el momento de la traba, si no ha cumplido con su obligación de entrega.

Los hechos, en que se basan las SSTS de 17 y 18 de septiembre de 1996, parten de una situación fáctica inicial común: las viviendas unifamiliares, de una misma promoción inmobiliaria, son vendidas a diferentes personas, que abonan el precio convenido; antes de la entrega de llaves y elevación de los contratos a escritura pública, se acuerda la traba judicial de las fincas a instancia de un tercero acreedor de los promotores, la compañía "Forjados Riojanos, SA". A partir de esta base fáctica común se forman, entre los compradores, dos grupos de demandantes-terceristas, que, en sus respectivos procesos, recibieron respuestas judiciales coincidentes (desestimación de las demandas en primera instancia y estimación de los recursos de apelación); hasta el momento en que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dicta las dos sentencias dispares.

Así, en la STS de 18 de septiembre de 1996 (RJ 6725), los hechos, considerados probados en primera instancia e, irrebatidos en apelación, no son considerados como *traditio* de la cosa vendida, en consecuencia, y conforme a los artículos 609 y 1462 CC, los compradores no habían adquirido el dominio de las viviendas unifamiliares. En cambio, la anterior STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6723), había considerado que los hechos, que no diferían del caso anterior, al tratarse de una única promoción inmobiliaria, son calificables, jurídicamente, como entrega de la cosa o *traditio*, en consecuencia, los compradores vieron confirmada la adquisición de las viviendas unifamiliares.

Esta situación motiva que se interponga un recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 (RJ 6725), por entender, que la sentencia impugnada vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley y el derecho a la tutela judicial efectiva. Para la resolución de tal recurso se dicta la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2001 (RTC 150). En sede

constitucional se establece que, el contenido del derecho a la tutela judicial, aquí en cuestión, se refiere al resultado finalmente producido, pues, sean cuales fueran las razones orgánicas y funcionales que puedan justificar tal resultado, el mismo no puede considerarse conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. En el presente caso es claro, que un mismo asunto litigioso, con independencia y más allá de la concreta fundamentación jurídica de las diversas sentencias cuestionadas, ha recibido, del mismo órgano judicial, en sede casacional, dos respuestas diferentes y, aparentemente contradictorias, lo que supone un resultado arbitrario en la medida en que los ciudadanos han obtenido distintas respuestas sin que medie un razonamiento que así lo justifique. Así, a fin de restablecer a los demandantes en la plenitud de su derecho, se dispone la retracción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, a fin de que por la propia Sala se dicte, nueva resolución, en el recurso de casación mediante la que se elimine el resultado disconforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de tal forma que, la fundamentación de la nueva sentencia explicite las razones por las que se resuelve de modo diferente a como lo hizo en la de 17 de septiembre de 1996, a menos que, decida de modo idéntico a ésta última. Procediéndose a anular la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 (RJ 6725).

En la STS de 14 de febrero de 2002 (RJ 1441), los ahora recurridos suscribieron y adquirieron, por el sistema de “a través de plano”, de una promotora y a través de documento privado, un piso; dicha adquisición fue inscrita en la Consejería de la Vivienda de la Junta de la Comunidad de Castilla-La Mancha. Con posterioridad a tal documento privado e inscripción del mismo, la parte ahora recurrente, que tenía un crédito contra la promotora, embargó el piso en cuestión, que estaba a nombre de dicha promotora. Se considera por el Tribunal Supremo que, la constancia en documento privado de un contrato de compraventa, no da nacimiento a acción real alguna, puesto que, por si mismo, no transfiere el dominio sino se justifica la tradición de la cosa vendida. La adquisición de una futura vivienda por el sistema sobre plano, podrá, en todo caso, constituir título, pero, nunca un modo de adquirir que configure una condición de propietario, que sólo podía ocurrir en el momento o, de la entrega de las llaves –*traditio ficta*- o, en el de otorgamiento de escritura pública –*traditio* instrumental-. Todo lo cual, no puede ser sustituido por la toma de razón de contratos privados en un registro administrativo, que lo único que puede acreditar es la fecha en que los referidos contratos tuvieron acceso al mismo, pero, nunca la

entrega –modo-, de una vivienda, que no existía realmente, puesto que la misma tenía imposibilidad, en aquel momento, de ser entregada.

Hay que aplaudir el criterio que mantiene el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de mayo de 1994 (RJ 4094)[130], en la que aparece un supuesto de cesión de solar a cambio de tres viviendas y dos plazas de garaje del edificio por construir, negocio que, documentado en escritura pública, accede al Registro de la Propiedad. Con posterioridad, también se otorga escritura pública de obra nueva y división horizontal, en la que, además de la descripción del inmueble en su totalidad y, de cada una de sus plantas y viviendas, se concretan las que el aportante habría de recibir como consecuencia de la citada cesión. Embargadas las viviendas por una entidad bancaria, por deudas del constructor, el aportante ejerce acción de tercería de dominio contra dicha entidad. Tras la negativa en primera instancia, el Tribunal de apelación accede a la tercería, decisión que es confirmada por el Tribunal Supremo por entender que existe una escritura pública que acredita la transmisión de las viviendas y garajes, objeto de discusión; a su vez, la escritura pública de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal y concreción de derechos, en la que aparecen las fincas atribuidas al actor recurrido, fueron inscritas en el Registro de la Propiedad, lo que 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 los dispuesto en el artículo 1462 CC.

En la STS de 14 de noviembre de 1997 (RJ 8123)[131], cuando describe la situación de la obra, realiza afirmaciones descriptivas sobre el estado de la misma tales como: el

[130] El 10 de noviembre de 1981, se concertó en escritura pública, entre el actor-recurrido don Florencio A. de la R. y señora, por un lado, y don Martín Manuel A. P. por otro, un contrato de cesión de bienes a título oneroso, en virtud del cual, convenían que, a cambio de una finca propiedad de los actores, el demandado se obligaba a construir un edificio con diversas plantas, en el cual, se cedía a don Florencio tres viviendas y dos plazas de garaje. Se convino, igualmente, que terminada la obra, el señor A. P. habría de otorgar la correspondiente escritura pública. El 9 de diciembre de 1982, se otorga escritura pública de obra nueva, división horizontal y concreción de derechos, en la cual, además, de la descripción del inmueble en su totalidad y, de cada una de las plantas, garajes y viviendas, se concretan, de común acuerdo, las viviendas que don Florentino y señora habrían de recibir como consecuencia de la indicada cesión; referida escritura tuvo acceso al Registro de la Propiedad el 1 de mayo de 1982. En fecha reciente, al solicitar los demandantes certificación del Registro de la Propiedad de cargas y gravámenes de uno de los apartamentos que les habían sido adjudicados, se encontraron con que, no sólo éste, sino también, los restantes, les habían sido embargados por el Banco Popular, SA, por un crédito que dicha entidad tenía con el señor Martín Manuel A. P. La diligencia de embargo de referidos bienes tiene fecha de 18 de julio de 1984. Vid. comentario de NAVARRO CASTRO, M., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1994", en *CCJC*, núm. 36, septiembre-diciembre 1994, págs. 1043 1050.

[131] Los terceristas, don Antonio G. N. y doña Concepción M. T., ahora apelados, eran propietarios del solar situado en..., que vendieron a la entidad "Worilex, SA", aquí demandada y apelada (ejecutada en el procedimiento del que deriva esta tercería). La escritura de compraventa se formalizó el día 16 de agosto de

objeto existía físicamente, aunque de forma incompleta, pero, reunía los primeros elementos constructivos comunes y se había realizado la estructura o armazón principal". A la hora de realizar su fundamentación, en la mencionada resolución, no se considera obstáculo alguno, a efectos de adquirir el dominio por escritura pública, como consecuencia del efecto traslativo de la misma, que el local se encontrara en construcción. Es más, declara que la escritura pública de compraventa de un local en construcción equivale a la *traditio*, aunque todavía no se haya inscrito –si bien, ya se había otorgado- el título de constitución del régimen de propiedad horizontal del edificio en que estaba integrado. En esta sentencia se realizan las siguientes afirmaciones, por un lado, la escritura pública de venta transmite la propiedad del local, porque éste no es inexistente, sino que se encuentra en construcción; además, se dice, que el local formaba parte de la comunidad horizontal que se constituyó en la misma fecha en que se otorgó la escritura de venta, aunque dicha escritura de venta fuera inscrita en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la demanda de embargo, y ello, porque la inscripción de tal régimen, no tiene carácter constitutivo.

La cuestión ha sido afrontada de una manera directa por la Dirección General de los Registros y del Notariado[132], en la Resolución de 16 de mayo de 1996 (RJ 3950), que

---

1990. Las obras comenzaron inmediatamente. "Worilex, SA" encargó a la empresa "Veyal, SA", (ejecutante en el procedimiento principal), los trabajos de construcción de la estructura de hormigón, que realmente efectuó durante todo el año 1990. Con posterioridad, no se ha llevado a cabo ninguna otra obra importante, de manera que desde que dichos trabajos concluyeron hasta la actualidad el inmueble se halla levantado en todas sus plantas de ese modo, es decir, sin tabiques ni paredes ni ningún otro elemento estructural. En la misma fecha señalada, es decir, el día 16 de agosto de 1990, y ante el mismo fedatario público, "Worilex, SA" otorgó escritura de obra nueva sobre el edifico en construcción en la finca registral, ya de su propiedad, y al mismo tiempo constituyó un régimen de propiedad horizontal, del que a su vez derivaron diez nuevas fincas registrales por cada una de las diez dependencias ya señaladas (planta de aparcamiento, local y ocho pisos). Esta escritura pública fue presentada en el Registro de la Propiedad a las once horas del día 27 de marzo de 1991, y fue inscrita el día 9 de mayo del mismo año 1991. El repetido día 16 de agosto de 1990, ante el mismo Notario, "Worilex, SA" vendió a los terceristas en este procedimiento el local de la planta baja del edifico en construcción, según escritura pública con número de protocolo... En marzo de 1991, "Veyal, SA" presentó demanda de juicio ejecutivo contra "Worilex, SA", en reclamación de 26.000.000 de pesetas, basada en diversas letras de cambio, y que fueron libradas entre agosto de 1990 y enero de 1991 para que la segunda efectuara el pago del precio de la obra. "Veyal, SA" solicitó y obtuvo del Juzgado, en fecha 26 de marzo de 1991, mandamiento de embargo de las fincas registrales resultantes, que fue presentado en el Registro el día siguiente a las trece horas, y que dio lugar a las correspondientes anotaciones de embargo letra A) en cada una de aquéllas, si bien la relativa a la finca registral núm. 70063, correspondiente al local de la planta baja vendida a don Antonio G. N. y doña Concepción M. T., fue seguida de la inscripción de dominio en favor de los mismos, cuyo título de propiedad fue presentado en el registro el día 22 de mayo de 1991. En el recurso de apelación interpuesto por Veyal, ésta alega en su defensa lo siguiente: "que la finca hoy litigiosa no existía cuando los terceristas la adquirieron ni en el ámbito del Registro ni tampoco como entidad jurídica". Esta sentencia está comentada por GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1997", *CCJC*, núm. 46, enero-marzo 1998, págs. 269 y ss.

[132] Se confirma la filosofía de la Resolución de 16 de mayo de 1996, por las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz de 20 de junio de 1997 (AC 1272), y 3 de febrero de 1998 (AC 3609). En

aborda el problema de la transmisión de la propiedad, tratándose de permuta de cosa presente –el solar-, por cosa futura –los departamentos independientes del un edificio a construir-. En escritura pública otorgada el 27 de noviembre de 1991, doña María Gracia Pérez Cansino permuta una finca de su propiedad, con la entidad promotora Atabal, SA, 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 misma: "Cuarta: 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 cinco fincas antes descritas. Quinta: la entidad promotora se obliga a entregar a María Gracia, 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 obligación".

El mismo día, el 27 de noviembre de 1991, y ante el mismo Notario la entidad promotora 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 doña María Gracia. 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 y, con la misma fecha, se practica una segunda inscripción de obra nueva en

---

dichas sentencias, de nuevo, nos encontramos con el problema que surge cuando los cedentes, interponen tercería de dominio, para levantar el embargo sobre los pisos, que como contraprestación le deben ser entregados. Esta situación y actuación tan frecuente, por desgracia, en la contratación inmobiliaria, que deja indefenso al cedente del suelo, en caso de hipoteca, renta fraudulenta o embargos del promotor, ni es remediada por el legislador, ni podrá, desde luego, ser solucionada nunca con una aplicación rígida de la teoría de la título y el modo, restringiendo los efectos traslativos de la escritura pública de cesión y, afirmando, que la referida escritura no constituye *traditio*. La solución de este grave problema ha de encontrarse en sede de prehorizontalidad, sin ver obstáculos en la condición de cosa futura de los pisos a construir (...), y, por el contrario, considerar al edificio o piso a construir como un objeto jurídico complejo y en formación, que comienza con el proyecto y la licencia administrativa, sigue con la declaración de obra nueva y división horizontal, para lo cual, basta que la obra nueva esté meramente comenzada, ex. art. 8.4 LH, y acaba, finalmente, con la terminación de la obra, momento en que culmina su realidad, como objeto ya ultimado y acabado, con existencia en el mundo real y sensible, por lo que, si acudiendo a la ficción que representa la concesión de la inscripción que posibilita el art. 8.4 LH se permite, *verbi gratia*, el embargo de un piso futuro, que no existe en la realidad, no se alcanza o no se aprecia, la dificultad o inconveniente que se alega para estimar que, desde que se otorga la escritura pública de cesión, llámese permuta o contrato similar, dicha escritura no constituya o suponga la tradición del art. 1462.2 CC, *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 incorporales) que la teoría del título y el modo queda reducida, poco menos que, a la nada, y si aún resulta, es porque constituye el caracterizador o significante de los derechos reales para diferenciarlos de los de obligación.

construcción y división horizontal del edificio, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas a favor de la entidad promotora.

Presentada nuevamente la escritura de permuta, al objeto de inscribir los cinco departamentos independientes a favor de María Gracia, el Registrador suspende la inscripción mientras no se aporte el acta notarial de entrega a que se aludía en la cláusula 5.ª de dicha escritura. Entablado recurso, el Tribunal Superior de Justicia confirmó la nota del registrador, siendo apelado el auto presidencial, la Dirección General de los Registros y del Notariado apreció el recurso en base a los siguientes argumentos.

La principal cuestión que se debate en la resolución mencionada consiste en decidir, si en el concreto negocio realizado, 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 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.

Después de extensos argumentos jurídicos, la resolución concluye que el negocio de permuta transfiere, inmediatamente, al aportante las fincas convenidas, ya que las respectivas aportaciones son posibles, lícitas y determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio, suelo-pisos, obstaculice la inmediata eficacia traditoria que, respecto de todos los bienes intercambiables, tiene el negocio, al estar otorgado en escritura pública.

Nos parece correcta, en términos generales, la distinción que esta Resolución hace entre la tradición y la obligación de entregar. Ahora bien, se hacen una serie de afirmaciones que pueden resultar problemáticas y que intentaremos desglosar. Tenemos que decir que es dudoso que la frase “las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta”, pueda considerarse, en cualquier otro caso, como suficiente para que se adquiera algo que no existe, ni siquiera formalmente. Es decir, si aun no constando los pisos o locales inscritos en el Registro de la Propiedad como fincas independientes, aunque sólo sea en construcción, ya que la inscripción implicaría, en tal caso, una existencia por lo menos formal o libraria, es posible que la referida frase pueda suponer una verdadera adquisición.

Una cosa es que se proteja a los compradores de una cosa futura y otra, que se considere que tal cosa ya fue adquirida, cuando todavía no existe registralmente. En cualquier caso, siguiendo la Resolución, parece que no habría transmisión si en la escritura no constase la repetida frase, a la cual se le da bastante importancia, entre otras razones, porque neutraliza, al parecer, aquello que en la misma escritura se consigna: que la entrega ha de hacerse por acta notarial. Pero cuando en una escritura que contemple el mismo supuesto, no conste aquella frase ¿qué debe hacerse?[133]. Es decir, en el supuesto (quizás más frecuente en la práctica) en los que la escritura de permuta tan sólo recoja un mero compromiso obligacional de efectuar la entrega en un momento posterior, (sin decir nada respecto de la adquisición de la propiedad de los citados elementos), aún será necesaria la formalización del acta de entrega para la transmisión de la propiedad de los mismos y para la consiguiente inscripción de los pisos o locales a favor del transmitente del solar, ya que la escritura publica de permuta no habrá servido para operar la tradición[134]. Si por el contrario, como ocurrió en el supuesto, se pacta la adquisición de la propiedad en el momento del otorgamiento, la escritura pública servirá de tradición instrumental, y excluirá la necesidad de formalización de un acta de entrega posterior[135].

El Centro Directivo no se contenta con admitir la transmisión de la propiedad de los pisos una vez que éstos hayan tenido reflejo en el Registro, sino que sostiene la más audaz afirmación de que la escritura pública de permuta transmite el dominio de los mismos al aportante en el preciso momento de la celebración del negocio, pues afirma que el derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir, tiene el carácter de un verdadero y actual derecho real. Esta afirmación tan tajante y sin más

[133] RODRÍGUEZ OTERO, L., "El significado de la tradición en los inmuebles: su relación con la inscripción", en *Homenaje a Jesús López Medel*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 1025.

[134] En la misma dirección vid. GARCÍA GARCÍA, J. M, "Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996", en *RCDI*, núm. 640, mayo-junio 1997, págs. 1130-1138: resulta inadecuado presumir sin más una adquisición de propiedad del piso futuro en la misma escritura de permuta en base a la tradición instrumental del artículo 1462.2 CC, sin exigir una aclaración de la voluntad de las partes cuando este precepto exceptúa de la tradición instrumental el caso en que de la escritura resulte claramente lo contrario, que precisamente podía resultar al prever expresa y claramente un acta notarial de entrega de los pisos, y la posibilidad, también prevista en la escritura, de que la entidad permutante pudiese otorgar por sí misma la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas. Ante esos pactos, resulta aventurado deducir que la tradición instrumental no explicitada, que se trata de la adquisición de la propiedad derivada de tradición instrumental, cuando más bien esto requeriría una mención expresa y tajante dada la naturaleza futura de los pisos a adquirir. Respecto de las declaraciones que realiza la Resolución en torno a la naturaleza jurídica del derecho sobre el piso futuro, que son inobjetables, no se acomodan al caso concreto, en que, la situación real y el negocio jurídico pactado no revelan claramente una voluntad traditoria de la propiedad del piso futuro, sino más bien todo lo contrario.

[135] Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996", en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 69, 1996, pág.177.

adornos, no puede admitirse. Solo con el juego de la tradición instrumental y la existencia registral de la finca, aunque sea en construcción, el derecho real se podría dar[136].

También ha observado contradicciones a la presente Resolución CHICO Y ORTIZ[137], que destaca que si el cedente adquirió los pisos por medio de la escritura pública de permuta, ¿Por qué se inscribieron a nombre de la promotora, que no era, pues, propietaria de ellos? Asimismo, si el adquirente del terreno que se obliga a entregar los cinco pisos que construya contrae la obligación, según la Resolución, de entregar una cosa ya ajena al deudor, la circunstancia de inscribir los pisos a nombre de la constructora induce a pensar que se realiza porque ella es la propietaria, lo cual barre jurídicamente el argumento de la Dirección General de entregar una cosa ajena[138]. Lo cierto es que llama poderosamente la atención que los pisos se inscriban en el Registro a favor del cesionario, el procedimiento lógico hubiera sido considerar que la inscripción separada de los pisos futuros no sólo podía practicarse a favor de quien declara la obra nueva y otorga el título constitutivo de la propiedad horizontal, sino incluso, con carácter originario, a favor del cedente del solar y en virtud del título que permitió al propio cesionario la inscripción del solar a su nombre[139].

---

[136] Igual parecer mantiene ZURITA MARTÍN, que considera que con esta Resolución, el Centro Directivo "viaja demasiado lejos". Esta tesis no la podemos refrendar, el elemento traditorio exigido para la transmisión de la propiedad no puede ser eliminado, sin más ("Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección", en op. cit., pág. 1898).

[137] CHICO Y ORTIZ, J. M., "Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996", en *RCDI*, núm.638, enero-febrero 1997, pág. 186.

[138] Aunque también ha recibido parabienes esta resolución. Concretamente, considera DELGADO TRUYOLS (*La propiedad horizontal: su régimen jurídico. El desarrollo moderno de los complejos inmobiliarios*, publicado en la colección Cuadernos notariales núm. 4, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1998, pág. 24), que la Resolución se muestra, ciertamente, heterodoxa en su peculiar aplicación de los principios registrales de especialidad, legitimación y tracto sucesivo y, que podrían encontrarse formas de acceso registral más respetuosas con los principios indicados. Es innegable que la realidad contractual debe quedar sujeta a unos principios legales básicos que regulen su acceso al Registro. Pero, también es peligroso que la realidad quede siempre encorsetada por tales principios, hasta el punto de resultar falseada por falta de un adecuado reflejo registral. No puede ser objetivo del Registro de la Propiedad que sus principios reguladores, algunos derivados más de una elaboración doctrinal que de los estrictos términos legales, sean inmutables y, que la realidad inmobiliaria se adapte a ellos en todo caso. La lógica jurídica impone, más bien, la interpretación contraria.

[139] La doctrina de esta Resolución es confirmada por la RDGRN de 5 de enero de 1999 (RJ 41), si bien, en el supuesto de esta resolución se trata de un contrato en el que las partes especificaron el efecto traditorio de la escritura pública de permuta sobre los pisos futuros, quedando relegada a un momento posterior –el de la terminación de la construcción-, solamente la puesta material en la posesión del inmueble, que se verificaría mediante acta notarial. El Centro Directivo entendió 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 en la inmediata eficacia traditoria que tuvo la escritura pública de permuta. En la resolución se hace constar la extrañeza que supone que la inscripción de la totalidad de las fincas del edificio se realizara a favor de la cesionaria, lo cual no es obstáculo para que un único título provoque dos inscripciones: la primera a favor del constructor y la segunda –que se solicita a través de acta notarial de entrega-, a favor de los cedentes, pues la inscripción parcial de un negocio, en modo alguno puede impedir la

IV.- LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES EN CONSTRUCCIÓN.

1.- EL PISO EN CONSTRUCCIÓN O SOBRE PLANO COMO UNA COSA FUTURA.

No cabe duda que el piso o local por construir, constituye un objeto futuro que es frecuente encontrarse en el tráfico jurídico. El supuesto normal del que se parte es la construcción de un edificio cuyos pisos van a pertenecer, en régimen de propiedad horizontal, a distintas personas, de modo que los pisos que aún no existen, son tomados en consideración para la celebración de diversos contratos de compraventa.

La adquisición de un piso proyectado o en construcción es un supuesto de compraventa de cosa futura, por lo que debe ser el régimen jurídico, propio de este esquema contractual, el que dé solución a la cuestión planteada. Se ha considerado que los contratos sobre cosas futuras, con carácter general, suelen articularse de dos maneras distintas, según que, uno de los contratantes asuma el riesgo de que la cosa futura no llegue a producirse, o bien, que el contrato quede en suspenso y, sólo despliegue sus efectos, si la cosa llega a tener una existencia real. En el primero de los casos, el de la llamada *emptio spei*, el contrato es un contrato aleatorio y de ejecución incondicionada. El comprador de la *spes* está obligado a pagar el precio, aun cuando la cosa futura no llegue a producirse. En el segundo caso, que es el de la llamada *emptio rei speratae*, el contrato sólo se ejecuta si la cosa esperada llega a tener una existencia real. El comprador de la *res sperata* sólo está obligado a pagar el precio cuando la cosa nace y llega a tener existencia.

La venta sobre plano se encuadra por la jurisprudencia dentro de la compraventa de cosa futura, concretamente en la modalidad *emptio rei speratae*. Veamos el significado que se le da por la doctrina a tales términos.

2.- DETERMINACIÓN DE CONCEPTO DE COSA FUTURA.

A la hora de acercarnos al concepto de cosa futura, por parte de la doctrina, se acogen distintos acepciones. En ocasiones, lo futuro es la existencia de la cosa misma y lo que preocupa es salvar la validez de un contrato sin objeto actual; en otras, de lo que se trata, es de regular la eficacia traslativa de la compraventa y, lo futuro no es la cosa, sino 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.

facultad de disposición del vendedor sobre ella. Es posible, por todo ello, distinguir un concepto estricto y otro amplio de cosa futura.

Estrictamente, son cosas futuras las que no existen cuando se contrata, siempre que su existencia sea posible en tiempo venidero[140], como consecuencia de eventos naturales o de la actividad del hombre[141].

En un sentido más amplio[142], son también futuras las cosas que, pese a tener una realidad física, aunque sea en germen, carecen, por el momento, de entidad jurídica autónoma (los frutos pendientes) o, la tienen, pero, no pertenecen al vendedor (cosa ajena y *res nullius*) o, perteneciéndole, no las puede entregar (cosas extraviadas)[143].

De lo expuesto, se observa[144], que el término que examinamos, se aplica a supuestos totalmente distintos: las cosas *non in rerum natura* son futuras en sí, en su sustancia orgánica o elementos constitutivos; los frutos pendientes son futuros sólo en

---

[140] CALONGE, distingue entre: a) cosa futura en sentido amplio, es aquella que se espera según el curso natural de las cosas, pero que no existe todavía en el momento de la compra; b) cosa futura en sentido restringido, sería aquella que nos muestra ya en proceso de formación su existencia futura; c) cosa futura de la que no tenemos razones fundadas para afirmar si se producirá o no, sería un contrato aleatorio. Las categorías a) y c), son realmente cosas inexistentes hoy, diferenciándose en la mayor o menor posibilidad de su existencia futura. La categoría b) se trata de cosas que existen aun en fase de desarrollo, si bien, carecen de autónoma existencia jurídica. Vid. *La compraventa civil de cosa futura (desde Roma a la doctrina europea actual)*, Acta Salmanticensia, serie Derecho, tomo V, núm. 2, Salamanca, 1963, págs. 211 a 214.

[141] En la medida en que considera que la inexistencia de la cosa debe ser actual, absoluta e *in rerum natura*, se inclina por el concepto estricto de cosa futura ROVIRA JAÉN, F., "La compraventa de cosa futura", en *Estudios de Derecho privado*, vol. 2, dirigidos por De la Esperanza Martínez-Radío, Edersa, Madrid, 1965, págs. 123 y ss. También parece acoger el concepto estricto DÍEZ-PICAZO, contempla los contratos sobre cosa futura como aquellos que no tienen una existencia actual, pero pueden llegar a tener una existencia en un momento posterior. La posibilidad de esta existencia futura hay que medirla con arreglo a criterios de orden físico y de acuerdo con los fines empíricos y razonables que por medio del negocio tratan de realizar las partes (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, (Introducción. Teoría del contrato)*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pág. 203).

[142] No podemos olvidar la aportación de ROGEL VIDE que acoge un concepto amplio, ya que entiende por cosa futura, en sentido técnico jurídico, "aquella cosa que, independientemente y prescindiendo de su existencia física, que puede o no puede darse, e, incluso, de su existencia jurídica respecto de determinadas relaciones, viene considerada, en orden a su transmisibilidad inmediata, futura, o sea, carente de una existencia jurídica autónoma, por el Ordenamiento Jurídico". El autor considera que podría encontrarse base legal para esta definición en el art. 635 CC, que establece que "la donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entiende aquellos de los que el donante no pueda disponer al tiempo de la donación". Podría trasladarse el párrafo segundo de este artículo, en cuanto a lo que tiene de definición, de tal forma que son bienes futuros aquellos de los que el vendedor no puede disponer al tiempo de la compraventa, imposibilidad de disposición derivada de la carencia de una existencia jurídica autónoma del bien en orden a su transmisibilidad inmediata (vid. ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Publicación es del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs. 51 y 52).

[143] También se inclina por un concepto amplio de cosa futura, IGLESIAS CUBRÍA, M., *Los derechos patrimoniales eventuales (estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)*, Librería Ojanguren, Oviedo, 1961, págs. 209-210.

[144] Como precisa acertadamente FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., "La compraventa de cosa futura", en *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. XXI, Madrid, 1993, pág. 63.

cuanto a cosas jurídicamente autónomas de aquella que los produce; en los demás casos, lo futuro no es la *res*, sino la especial posición del vendedor respecto de ella, que ha de concurrir para que el contrato produzca sus efectos propios previstos: la facultad o poder de disposición[145].

Es cierto que se puede entender lo futuro como aquello sobre lo que no cabe una transmisibilidad inmediata, por no estar, todavía, formando parte del patrimonio del deudor como elemento autónomo, con independencia de que ello se deba a una falta de existencia material, como si esa falta de presencia es jurídica o económica, pero, siguiendo este último criterio se incluyen supuestos que no vamos a tratar (frutos pendientes, venta de cosa ajena, venta de *res nullius*, etc), dándole un alcance excesivo al término cosa futura[146]. Por otro lado, esta unificación de supuestos produce bastantes más inconvenientes que ventajas, ya que rompe el esquema físico-temporal que, comúnmente, se asocia a la noción de futuro y, además, abre el tratamiento a una diversidad de supuestos en los que, aunque es factible la contratación sobre los mismos, desarrolla su lógica problemática en otra esfera del Derecho (*v. gr*., adquisiciones a *non domino*)[147].

Por ello, consideramos preferible rechazar el criterio de la pertenencia y disponibilidad, optando por el de la existencia, criterio que creemos más estricto[148]. De ahí, que siguiendo a LACRUZ[149], entendemos por bienes futuros, aquellos que no teniendo existencia real (al menos en la forma en que son queridos por las partes y negociados) en el momento de la celebración del contrato, cabe esperar que puedan tenerla, dentro del orden natural de las cosas. Es necesario que ambas partes conozcan la calidad de cosa futura del

---

[145] PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I. La compravendita di cosa futura*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell´Università di Napoli, Edit. Jovene, Nápoles, 1962, págs. 10 a 17.

[146] Grandes maestros como DE CASTRO, evidencian que se le ha dado excesivo alcance al término, incluyendo en él modalidades muy heterogéneas y empleando las palabras y los conceptos en sentidos distintos de los usuales. El calificativo de cosa futura, según el valor semántico de esta palabra, está justificado respecto de la cosecha futura, no para otros supuestos en los que se ha utilizado, así resulta injustificada la inflación de dicho término de cosa futura al extenderse a cosas existentes, en la que lo futuro estaría en una posterior separación o individualización de la tal cosa respecto de otra principal (venta de frutos, de minerales, de árboles, de máquinas, unidos o destinados a un inmueble), o bien en un posterior ingreso en el patrimonio del vendedor (venta de cosa ajena). Vid. DE CASTRO, F., "El negocio sobre cosa futura: su construcción dogmática", en *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1976, pág. 1151.

[147] Estamos totalmente de acuerdo con RAMS ALBESA, J., "Comentario a los artículos 1271 y 1272 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, op. cit., pág. 459.

[148] También CALONGE MATELLANES considera que la condición de futura, ha de referirse a la "cosa" y no al "derecho" de propiedad que se adquirirá, una cosa sólo es futura en cuanto hay esperanza de que llegue a existir (vid. *La compraventa civil de cosa futura*, 1963, op. cit., págs. 211 a 214).

[149] LACRUZ BERDEJO J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil* II. *Derecho de obligaciones*, vol. II, *contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos*, (edición revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 1999, pág. 12.

objeto de la compraventa. Se consideran, así, como venta de cosa futura, la de una cosecha de naranjas de finca cuyos árboles están todavía en flor, o la pesca de un barco de un día o de una salida al mar, o la de pisos a construir en cierto solar, todavía en cimientos o sobre plano.

La cosa futura viene siendo utilizada como objeto de compraventa, aunque se ha producido un desplazamiento en su ámbito de utilización. Antes, quedaba circunscrita, con carácter casi exclusivo, a productos agrarios, ahora, se observa también su aplicación en el ámbito urbano, con relación a la comercialización del futuro producto de una empresa y, fundamentalmente, en el negocio de la construcción.

Ello es debido a que antes, apenas si se conocía otra categoría de cosas futuras que los frutos emergentes, pero, en el Derecho de nuestros días, dado para una organización social complejísima, donde impera el mecanicismo, la mayor parte de los contratos versan sobre cosas no existentes en el momento de contraerse aquéllos, pero, cuya existencia se pacta para día cierto. Más aún, en la comunidad moderna, la mayoría de los contratos relativos a mercaderías, productos y bienes de equipo, interviene una compraventa de cosa futura, siempre que la venta sea hecha por el mismo fabricante. Precisamente, ese modo de ser de las cosas, que son futuras, pero, que están ya integrando un proceso, llevan consigo una entidad basada en la realidad posible, lo que conlleva exigencias particulares relativas a las determinación de ese objeto. Esa potencialidad de las cosas, en cuya entidad figura su capacidad fructífera por influjo de las leyes físicas, tiene su paralela, en esa otra potencialidad concentrada en la intención y regida por actos de voluntad que, determinando el desenvolvimiento de una o varias actividades coordinadas para un fin, permite obligarse respecto de una cosa todavía no existente. El punto de equiparación entre ambos está en que son cosas que no tienen una existencia actual, pero, se prevé la misma, por el desarrollo normal de la naturaleza, en los frutos y, en las mercaderías y en la edificación, por la intención y desenvolvimiento habitual de una actividad periódica. Son cosas que no existen *in rerum natura*, en el momento de celebrarse el contrato, pero, sobre las que hay razonable probabilidad de existencia. Se trata de un objeto *in fieri*, que se va a ir haciendo. Cuando un objeto tiene en su propia entidad la realización es, porque su

realidad, entra en lo posible, es decir, su entidad es posible y, en esa medida, exigirá especiales cautelas para evitar que, por acto propio, deje de serlo[150].

En el supuesto específico del piso, por lo complejo de su composición, hay que tener en cuenta una serie de datos, que nos llevan a considerar que no se ajusta al concepto de cosa futura propiamente dicha, es decir, como aquella que no tiene existencia actual, pero se espera que pueda tenerla[151].

El piso que, se adquiere durante su construcción, existe físicamente desde que se encuentra construida, al menos, su estructura, pero, sin embargo, sólo existe para entregar al comprador cuando adquiere las características pactadas y con la calidad que también consta en el contrato, cuya variedad es muy amplia, precisamente, por esa complejidad (con más o menos decoración interior, amueblamiento de la cocina). Por lo tanto, aparte de una existencia objetiva, existe una aceptación subjetiva, basada en pactos del contrato.

El piso proyectado implica, por su propia naturaleza fáctica, una cosa que se produce o genera, paulatinamente, en el tiempo y a costa del promotor-vendedor. Ello hace que el piso pase, en el tiempo, de proyectado a en construcción y, de en construcción a terminado. Es difícil, por esta razón, admitir aquellas posturas doctrinales[152] que, en función del grado que presenta la construcción de la edificación, van extrayendo consecuencias con trascendencia en la dinámica de su transmisión y en el grado de los

---

[150] Considera SAN JULIAN PUIG que el modo de presencia de las cosas futuras en el patrimonio, es precisamente su “no presencia inmediata”, lo cual imprime a este objeto una disciplina propia así como una exigencia de mayor cuidado en su individualización (vid. *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 149 y 154).

[151] En este sentido, vid. MUÑOZ DE DIOS, G., "El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas", en *RDP*, 1981, pág. 1060.

[152] MONET Y ANTÓN distingue entre la hipótesis del piso meramente proyectado y la del piso en construcción; de tal forma que en el primer caso nos encontraríamos con un contrato de compraventa de cosa futura junto con contrato de obra. En el segundo caso hay simplemente una venta, si bien, con la obligación añadida a cargo del vendedor de terminar la obra. Las diferencias se plantean sobre todo en tema de incumplimiento y en los efectos del contrato. Ante el incumplimiento del vendedor en el primer caso, nos encontramos con un contrato inexistente por falta de objeto, en el segundo se podría instar la resolución vía artículo 1124 CC. Por lo que se refiere a los efectos, en el primer caso son simplemente obligacionales, mientras que en el segundo se genera un *ius ad rem* a favor del adquirente que le protege frente a cualquier tercero que tenga conocimiento de la adquisición (vid. *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 8 de junio de 1963, Valencia, 1967, págs. 55 a 63). A nuestro juicio, tal distinción en cuanto al incumplimiento, nos parece criticable, ya que no es riguroso desde el punto de vista de la técnica jurídica afirmar que la compraventa es nula por falta de objeto cuando no se construye la vivienda, ello supone partir del error de considerar objeto del contrato la cosa en sí y no la obligación asumida por el vendedor, siendo preferible postular en ambos supuestos la posibilidad de instar la resolución por el comprador. Por otro lado, en cuanto a los efectos, en ambos casos surge la obligación del vendedor de hacer que la cosa llegue a tener existencia.

derechos que sobre el piso se puedan tener; sin perjuicio, de que pueda interesar 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.

Por otra parte, el carácter de bien inmueble, que ya tiene el solar sobre el que se construye, con su especial régimen de accesión y la aplicación de la Ley de propiedad horizontal, traen consigo unas modalizaciones del régimen genérico a que podría estar sometido el contrato por su objeto futuro.

3.- *EMPTIO REI SPERATAE* Y LA *EMPTIO SPEI*.

Las cosas futuras funcionaban, como objeto de contrato, de dos modos distintos en el Derecho romano: la *emptio rei speratae* y la *emptio spei*[153]; categoría esta última que fue utilizada para expresar aquella forma de venta en que el comprador se obliga a pagar el precio, aunque la cosa que el vendedor deba entregar, no nazca. Son ejemplos típicos, el producto de la pesca (*captus piscium*), de la caza (*captus avium*), y el lanzamiento de monedas que se hacia en las festividades públicas (*jactus missilium*).

Sobre este tema encontramos como las discusiones de la doctrina se han centrado en la necesidad de determinar la extensión de la compraventa de cosa futura, esto es, si debe o no encuadrarse, dentro de la misma, a la *emptio spei* o, por el contrario, esta última no es en realidad una compraventa, sino un contrato aleatorio; también se ha dicho que tanto la *emptio spei* como la *emptio rei speratae* constituyen ventas, pero, representan modalidades distintas (*emptio spei* es una compraventa de cosa futura aleatoria, y *emptio rei speratae*, una compraventa de cosa futura conmutativa).

Encontramos autores que estiman que sólo es verdadera venta de cosa futura la *emptio rei speratae*, en cuanto en ella hay intercambio de cosa (cuando deviene real), por precio; en la *emptio spei*[154], donde el comprador puede verse obligado a pagar el precio, sin recibir nada a cambio, si se frustra la esperanza, la obligación del precio surge, actual y

[153] CALONGE MATELLANES, A., *La compraventa civil de cosa futura...*, op. cit., págs. 11 y ss.

[154] Sobre la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual, se han vertido todo tipo de teorías: se ha dicho que es una venta condicional, al igual que la venta de cosa esperada, aunque a diferencia de ésta, en que la condición afecta al negocio, en la venta de esperanza sólo se refiere a la efectividad de la prestación del vendedor; también se ha propuesto su carácter como venta pura, no sujeta a condición, donde la cosa se concibe como probable siendo el riesgo de su inexistencia a cargo del comprador; otra postura, es la de considerarla como una compraventa aleatoria y por último quien la concibe como un contrato aleatorio, ya sea típico o atípico.

definitivamente, en el momento de la conclusión del contrato, constituyendo un contrato aleatorio con perfiles propios e independientes.

No compartimos[155] las teorías según las cuales la *emptio spei* se distingue, nítidamente, de la compraventa de cosa futura, en cuanto es una venta de cosa presente con un objeto actual, constituido por la esperanza de que la cosa exista[156] o, por la mera probabilidad o azar[157] o, incluso, por la actividad que ha de desarrollar el vendedor para apropiarse de la cosa[158] o, la posibilidad de una ganancia[159].

La crítica[160] de esta posición se centra en que el alea, el riesgo, la esperanza, son representaciones subjetivas, previsiones o cálculos de probabilidad y, por tanto, inidóneos para constituir el objeto de una obligación o de un contrato. La ganancia puede representar el provecho de una prestación, pero, no puede asumir el carácter de objeto de la misma, y, de otra parte, en los contratos bilaterales, la ganancia es el resultado a que tienden los contratantes a través de las prestaciones recíprocamente prometidas. No puede ser objeto de un contrato de compraventa una actividad del vendedor, porque el contrato que tiene por objeto una actividad es un arrendamiento de servicios y el que tiene por objeto el resultado de la actividad es un contrato de obra.

---

[155] De forma muy ilustrativa GAYOSO ARIAS ("Cuestiones sobre el contrato de compraventa", en *RDP*, 1921, pág. 221) se pregunta "¿qué es la esperanza? Subjetivamente, es una pasión del apetito irascible despertada por la posibilidad de alcanzar un bien arduo que anhelamos; objetivamente, es esta misma posibilidad, entendiéndose una posibilidad próxima, probabilidad mayor o menor de lograrla. No cabe vender una pasión, un afecto, actos inmanentes, esencialmente intransmisibles; tampoco una posibilidad o probabilidad, que de momento carecen de realidad física, y menos pueden ser materia de dominio, que, como todo derecho real, recae sobre una cosa real, existente; además que lo que el comprador aspira a obtener son las cosas mismas esperadas, no la esperanza únicamente."

[156] CALONGE MATELLANES, A., "La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana", en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. V, octubre-diciembre 1963, pág. 1123.

[157] BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, t. I, Boch, Barcelona, 1979, pág. 150.

[158] GAYOSO ARIAS, "Cuestiones sobre el contrato de compraventa", en op. cit., pág. 221. También PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, III, *Obligaciones y contratos*, 3ª ed., Ediciones Pirámide, 1976, Madrid, pág. 465, considera que la moderna doctrina configura la *emptio spei* como un supuesto de contrato innominado, de naturaleza particular, y carácter aleatorio, en el cual el verdadero objeto es la prestación de una actividad y no de cosas.

[159] ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil, Derecho de obligaciones*, tomo II, vol. 2º, 1966, pág. 23.

[160] No se puede atribuir al alea, la *spes*, la actividad del vendedor o la ganancia del comprador, el papel de objeto del contrato, sin admitir que éste es variable, en función de acontecimientos sustraídos a cualquier intervención o ingerencia de las partes, lo cual, es absurdo. En este sentido ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, op. cit., págs. 138-139. Se suma a tales críticas, ROVIRA JAÉN, F., "La compraventa de cosa futura", en *Estudios de Derecho privado*, vol. 2, dirigidos por De la Esperanza Martínez-Radío, Edersa, Madrid, 1965, págs. 138; y FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., "La compraventa de cosa futura", en op. cit., pág. 74.

Por otro lado, también se había objetado que la compraventa es, por su propia naturaleza, un contrato conmutativo, mientras que la *emptio spei* es un contrato aleatorio[161]. En base a ello, se ha estimado que, no siempre es posible que un tipo de contrato, permaneciendo inalterado, se manifieste en unas ocasiones como contrato conmutativo y, en otras, como contrato aleatorio, considerando que la distinción entre ambas categorías de contratos afecta profundamente a la causa del contrato, o sea, a aquel elemento que sirve para caracterizar a los diversos tipos contractuales. Es esta consideración la que lleva, a algunos autores españoles, a excluir a la *emptio spei* de la compraventa de cosa futura[162].

[161] En este punto, DÍEZ-PICAZO, (en el Prólogo a ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, op. cit., pág. 18), considera que la aleatoriedad de la *emptio spei*, no priva a la figura de su naturaleza de compraventa. Hay una obligación de entrega referida a las cosas en que la *spes* cristalice. El nombre de *spes*, designa una manera de llevar a cabo el programa o proyecto de prestación que es propio de toda relación obligatoria. La aleatoriedad se da en el orden de la proporcionalidad de las prestaciones, según que la *spes* haya recibido una concreción mayor o menor. Incluso cuando la *spes* se desvanece, el problema no variará porque la obligación de entrega habrá existido siempre. También ROVIRA JAÉN, respecto de la *emptio spei*, considera que se trata de una compraventa de cosa futura con cláusula aleatoria. A primera vista, parece que es incompatible la idea de venta, con su carácter conmutativo, y la idea de alea: si la venta es un contrato por el que uno se obliga a entregar una cosa, y el otro a pagar por ella un precio, se puede entender que no hay venta si una paga el precio por nada, y esa nada no es nunca una prestación. Hemos de advertir que no es incompatible la idea de aleatoriedad con el contrato de compraventa. Creemos que el mismo Código civil nos da base para este aserto en el art. 1477 que establece que el comprador puede renunciar al saneamiento para el caso de evicción, con conocimiento de sus riesgos y sometiéndose a sus consecuencias. El comprador puede saber la posibilidad de que la cosa no nazca y, a pesar de este riesgo, se somete a sus consecuencias, que es perder el derecho a reclamar del vendedor la restitución del precio (*emptio spei*). No cabe duda, de que en el caso específico las partes concluyen un contrato de venta completo de todos sus elementos. La cláusula de exoneración de responsabilidad en caso de evicción a favor del vendedor, hace que el contrato permanezca inalterado, aunque por no nacer la cosa el comprador no la adquiera. No cabe duda, que es una venta con un carácter marcadamente aleatorio. La evicción no afecta a los efectos obligatorios de la venta, y en particular se mantiene eficaz la obligación del comprador de pagar el precio, puesto que voluntariamente ha asumido sobre sí los riesgos de la venta. La obligación de pagar el precio encuentra su causa jurídica siempre en un contrato de compraventa (vid. ROVIRA JAÉN, "La compraventa de cosa futura", en op. cit., pág. 141).

[162] Una postura original es la mantenida por ESPÍN CANOVAS, (*Manual de Derecho civil español*, vol. III, *Obligaciones y contratos*, 6ª ed., Edersa, Madrid, 1983, pág. 560), que considera la venta de esperanza como un contrato mixto, pues a la estructura normal de la venta se le añade un carácter aleatorio, que viene a desnaturalizar el carácter conmutativo de la venta; pero si el evento aleatorio se produce, dada su finalidad traslativa, serán de aplicación las reglas de la venta, por analogía. Por su parte, BADENES GASSET (*El contrato de compraventa*, t. I, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 150) no puede haber propiamente una compraventa cuando se puede tener que pagar un precio por nada, ya que ese "nada" no es nunca contraprestación. En la misma línea, CALONGE (*La compraventa civil de cosa futura*, op. cit., pág. 213), dice que la *emptio spei* es un contrato aleatorio más que una compraventa. No se ha abierto camino esta figura de compraventa aleatoria porque parecía chocar con la naturaleza conmutativa de la compraventa, mientras que por otra parte existía el contrato aleatorio con caracteres propios. Hablar de compraventa aleatoria era trastornar los cánones de la compraventa. También GULLÓN (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 259), consideran la *emptio spei* como negocio atípico por carecer de regulación legal, en la que el comprador se obliga a pagar el precio, llegue a existir o no la cosa. Esa obligación es la que la diferencia nítidamente de la *emptio rei speratae*, y la que separa la figura de la compraventa, lo que lleva a la *emptio spei* hacia el contrato aleatorio, tal y como lo define el art. 1790 CC. El pago del precio no es, entonces, obligación que tenga su causa en la entrega de la cosa, como

Otra postura doctrinal es la de aquellos autores[163] que consideran que, en ambos casos, se trata de una compraventa, si bien, es condicional y conmutativa la venta de cosa esperada, en la que el comprador de la *res sperata* sólo está obligado a pagar el precio cuando la cosa nace y llega a tener existencia. Siendo aleatoria y de ejecución incondicional la venta de esperanza, en la que el comprador está obligado a pagar el precio, aun cuando la cosa futura no llegue a producirse [164].

Llegados a este punto, no cabe ignorar el desconcierto que provoca el que la *emptio spei* produzca efectos, aun en el caso de que la cosa no llegue a existir, pues, tal inexistencia final plantea el inconveniente de admitir la eficacia de una compraventa sin uno de los elementos necesarios para su perfección. No obstante, ha de observarse que ese hecho negativo, por frustración de una inicial previsión, se produce *ex pos,t* respecto de la fase de conclusión del contrato, en la que habían de concurrir, y concurrieron, todos los requisitos constitutivos. La ausencia de cosa sólo se produce, definitivamente, en la fase de

---

cualquier compraventa. También RUBINO, *La compravendita. Trattato di Diritto civile e comérciale*, Cicu-Messineo, t. XXIII, 2ª ed., Milán, 1962, pág. 215.

[163] Es el caso de MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil*, tomo VIII, vol. 2º, 6ª ed., revisada por Miguel Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1967, pág. 600. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, *Contratos en particular*, 2ª ed., Bosch, Barcelona,1982, pág. 136; ROVIRA JAÉN, "La compraventa de cosa futura", en *Estudios de Derecho privado*, op. cit., pág. 140. También DÍEZ-PICAZO (en el Prólogo a ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, op. cit., pág. 19), y en *Fundamentos...*, t. I, op. cit., págs. 203-204. OSSORIO SERRANO, J. M., "El contrato de compraventa", en *Curso de Derecho civil*, II-2º, *Contratos en particular, cuasi-contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, coordinado por MORENO QUESADA, B., Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, págs. 36-37. ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 356-357: si bien rechaza el carácter condicional de la compraventa de cosa futura, considera que la compraventa de cosa futura tiene un objeto actual por disposición de Ley que es la misma cosa futura, y esto es así también para la *emptio spei*, cuyo objeto, no es la *spes*, sino los objetos futuros cuya existencialidad depende del azar. Añade el autor, que toda cosa futura reviste para los contratantes un grado mayor o menor de alea o suerte, si bien tal circunstancia es más acusada en la *emptio spei*, sin que esto suponga una desnaturalización del contrato de compraventa.

[164] Para PERLINGIERI, la distinción entre la *emtio spei* y la *emptio rei speratae*, ha de realizarse en el ámbito del fenómeno condicional. Así en la *emptio spei*, la obligación de consignar la cosa o el efecto real estén condicionados al venir a existencia la cosa, y la condición tiene, aquí, naturaleza de un requisito de eficacia de la sola prestación del vendedor; por el contrario, en la *emptio rei speratae*, nos encontramos ante un negocio condicionado, es decir, sometido a una condición que tiene el carácter de verdadero y propio requisito de eficacia del negocio y no de la prestación. Así, la *emptio spei*, debe considerarse como una compraventa pura u simple de cosa futura, ya que el hecho de que la cosa no venga a existencia no influye para nada en la obligación del comprador de pagar el precio, al considerarse que el vendedor ha cumplido con su obligación por el mero hecho de no haber impedido el nacimiento de la cosa. Por el contrario, la *emptio rei speratae*, debe considerarse como una venta condicionada que encuentra su momento de plena eficacia cuando la cosa haya logrado una existencia jurídica autónoma. La cosa futura jugaría el papel de objeto; su nacimiento, el de condición. Vid. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*. I. *La compravendita di cosa futura*, Nápoles, 1962, pág. 167.

ejecución del contrato. Ha de reconocerse que la imposibilidad de ejecución no compromete necesariamente la existencia del contrato[165].

Curiosamente la STS de 1 de julio de 1992 (RJ 6498)[166], realiza una extraña distinción entre *cosa futura imprecisa*, que considera que es a la que se refiere el art. 1271 CC y *cosa futura determinada*, que es aquélla en la que ya se da la existencia de una base material, que se concreta en el solar sobre el que se va a edificarse[167].

La resolución mencionada, trata, en primer lugar de determinar el ámbito contractual o tipo de relación obligatoria que se crea entre las partes contratantes. Desde esta punto de vista, deduce que la compraventa refleja un pacto contractual que no es de estricta venta de cosa futura o imprecisa, autorizada en el artículo 1271 del Código civil, sino de cosa futura determinada, ya que se da la existencia de una base material conformada por un solar sobre el que se proyectaba una construcción autorizada, comprensiva del local enajenado, pendiente, por tanto, de su configuración definitiva exterior, una vez se llevase a cabo la edificación; es decir, que la existencia material del objeto a entregar por el vendedor estaba condicionado a su construcción y, en el momento de perfeccionarse el contrato, se da como un hecho futuro cierto y, no incierto o posible. 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.

---

[165] FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., "La compraventa de cosa futura", en op. cit., págs. 74-75.

[166] El supuesto de hecho es el siguiente: se celebra un contrato de compraventa reflejada en documento privado de fecha 23 de diciembre de 1980, mediante el cual, don Marcial adquirió de don Emilio, un local-bajo del edificio a construir en un solar sito en La Coruña (...). Se hace constar que dicho solar pertenece al vendedor. Se pactó como forma de pago, la entrega de una cantidad inicial, debiendo hacerse efectivo el último plazo a la entrega del local, lo que se produciría cuando estuviese terminado y como máximo en un plazo de dos años. La entrega, finalmente, no se produjo.

[167] También se destaca la importancia del terreno en la STS DE 9 de noviembre de 1993 (RJ 8974): donde se considera que la convención contractual celebrada como expresiva de una venta, no de cosa futura, en los términos de generalidad del precepto 1271 CC, sino mas bien de cosa futura determinada, pendiente de su materialización con la consiguiente edificación de lo transmitido, ya que no se acreditó que el vendedor-recurrente no dispusiera de superficie-solar ni de los elementos necesarios para la realización de la obra. Curiosamente el litigio planteado en esta sentencia de 9 de noviembre de 1993, tiene como vendedor a don Felipe B. B., y como edificio en construcción, el residencial Peñíscola-Playa, que son los mismos que intervienen en la STS de 22 de marzo de 1993 (RJ 2529).

En realidad, en un ámbito abstracto, resulta complejo ver la diferencia entre la primera y la segunda opción, esto es, entre la cosa futura imprecisa y la determinada[168], puesto que cuando la Jurisprudencia contrapone cosa futura determinada a la autorizada por el art. 1271 CC, parece estar olvidando que, para que cualquier cosa pueda ser objeto del negocio jurídico, tiene siempre que estar determinada o ser determinable, a tenor del art. 1273 CC. Sólo cabría entender que lo que denomina cosa futura o imprecisa es, no sólo inexistente, en el momento actual, sino que, posee una determinabilidad potencial (inexistente y, además, indeterminada o imprecisa). En este caso, los efectos meramente obligacionales serían claramente los únicos posibles. De este modo, la cosa futura y determinada supondría ya, una perfecta individualización de dicha cosa, cuya futuridad podría, además, poseer ciertos grados: totalmente inexistente o con una cierta base ya materializada y tangible.

4.- LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA.

A) Planteamiento del que partimos.

Nos encontramos con un promotor-vendedor (o bien un promotor-constructor), que tiene el propósito de realizar una edificación, que someterá al régimen de la propiedad horizontal. Esta construcción se levanta sobre un solar de su propiedad, figurando en el Registro de la Propiedad como titular registral del mismo. Antes de llevar a cabo la promoción de estas viviendas, ha legalizado su situación, es decir, con el correspondiente proyecto de edificación ha obtenido su licencia de edificación. A partir de este momento, si lo desea, está en condiciones de poder reflejar la obra nueva en construcción en el Registro de la Propiedad, y también, la división horizontal (para lo que se exige que la construcción esté comenzada en sentido técnico), circunstancias que, por otra parte, le exigirán las entidades de crédito, si como medio de financiación acude a la obtención de un préstamo hipotecario. Desde la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, también se le exige que acredite la constitución del seguro por responsabilidad decenal (*cfr*. art. 20 LOE), si bien, se retrasa al momento de hacer constar el acta de finalización de la obra nueva declarada en construcción, o bien, cuando se otorgue la escritura pública de declaración de obra nueva terminada; sin embargo, en la practica las compañías

[168] Ahora bien, pese a fijarse en tal distinción entre cosa imprecisa y cosa futura pero determinada, la sentencia no parece extraer consecuencias muy distintas en cada uno de estos casos, porque el pacto al versar sobre una cosa *speratae*, aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes.

aseguradoras exigen un seguimiento de todo el proceso constructivo, lo que se traduce en la constitución del seguro prácticamente desde la elaboración del proyecto de edificación.

Como ayuda a la financiación, inicia la venta de los locales y pisos proyectados que integran ese edificio en construcción. Lo cierto es, que en la práctica, este tipo de negocios se recogen en documento privado, pero nada impide que se puedan realizar en escritura pública.

Lo que tenemos intención de tratar, a continuación, es, cuál es la posición jurídica de la doctrina en torno a este tipo de contratos de compraventa realizados sobre pisos en construcción. Nos vamos a mover en el campo de los contratos traslativos del dominio sobre bienes no construidos, sobre cosa futura, en los que, no se ha producido, todavía, la tradición.

B) La validez del contrato traslativo sobre cosa futura.

Nada hay más lógico que el que las cosas futuras puedan ser objeto de la contratación privada, siendo, además, con frecuencia el objeto de bastantes contratos[169]. De

[169] Esta inexistencia de la cosa vendida al celebrarse el contrato, ha provocado un debate sobre la naturaleza del contrato que se proyecta sobre la misma. Debate que también podemos apreciar en el derecho de sobreedificación o sobreelevación, en los casos en que se predique respecto de un edificio que, por el momento, no existe. Podemos encontrar varias opiniones en la doctrina, en lo que se refiere a la naturaleza. Que se trata de una relación de naturaleza obligacional ya que mientras el edificio no esté construido, no es posible constituir derechos reales sobre él, sino sólo obligaciones; algunos dicen que se trata de un *ius ad rem*, esto es, de una situación llamada a constituir derecho real pero que todavía no lo es. Que se trata de una situación de tipo condicional. Es decir, se admite la viabilidad del derecho real de vuelo, pero entendiendo que se encuentra suspensivamente condicionado a la construcción del edificio. También aquí hay variantes, según se estime que el dicho requisito constituye una condición voluntaria o una *conditio iuris*, y si la operatividad del mismo incide en la propia existencia del derecho en cuestión o sólo en su ejercicio (pero ya constituido el derecho). Que la existencia del edificio no es requisito estrictamente necesario para que el derecho de vuelo nazca, sino sólo para su posible ejercicio. El derecho nace y existe desde que el acto constitutivo tiene lugar, aunque transitoriamente no quepa un ejercicio efectivo del mismo, mientras el edificio no se construya y venga a la realidad. Este requisito, ahora bien, no se califica de condición, ni tampoco de *conditio iuris*, sino que se dice resulta más propio hablar de presupuesto de eficacia o presupuesto de ejercicio del derecho. (un resumen de estas interpretaciones en ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., "El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento (Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)", en *RCDI*, núm. 664, marzo-abril 2001, págs. 681-717). DE FRANCO PAZ, F., *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 94 y ss. Lo mismo ocurre con el leasing financiero inmobiliario, y concretamente, con el leasing de construcción, donde la presencia de bienes futuros da lugar a distintas posturas: en primer lugar, se mantiene que el acuerdo alcanzado por la entidad de leasing y el usuario en relación al inmueble futuro constituye un mero precontrato, estimando la construcción del bien como presupuesto necesario para la perfección del verdadero contrato de leasing. Alguna doctrina considera que el leasing se perfecciona en el mismo momento de inscribirse en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva terminada. En segundo lugar, se ha afirmado que las partes han perfeccionado el contrato de leasing financiero, pero sus efectos están en suspenso, hasta que tenga lugar la efectiva cesión y afectación del bien construido a uno de los fines legalmente previstos. Por último, se ha sostenido que el contrato es perfecto, y eficaz, desde que las partes

ahí que llame la atención que el artículo 1271.1 CC aparezca redactado en términos que sugieren una cierta excepcionalidad, al afirmar que pueden ser objeto de contrato las cosas, "aun las futuras". No estimamos que el posible carácter futuro del objeto del contrato de compraventa constituya un obstáculo a la validez del mismo[170], tal y como se deduce del artículo 1271 CC, no existe conflicto entre lo establecido en el mencionado precepto y lo dispuesto por el art. 1261.2 CC, que señala, como necesario, para que haya contrato que el objeto sea cierto. La certeza no está reñida con la posibilidad de un objeto futuro[171], ya que basta con que la existencia sea eventual y el contrato será valido. Además, de una interpretación sistemática del precepto mencionado con el contenido de los artículos 1273, 1445 y 1447 CC, se llega a la conclusión de que la expresión "objeto cierto", hace referencia a su adecuada delimitación, en el sentido de que sea identificable y no en el de que sea existente. De tal forma que la compraventa se perfecciona por el concurso de voluntades de las partes sobre su objeto (futuro o no) y su causa, y desde ese momento produce obligaciones. Ni la formalización de la escritura pública es requisito de constitución del contrato ni la perfección del contrato está supeditada a la entrega del bien.

5.- NATURALEZA DE LA COMPRAVENTA SOBRE COSA FUTURA.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro entorno jurídico, el que puedan ser objeto de contratación las cosas futuras, se contempla como algo excepcional en los sistemas italiano y francés, porque en ellos, al ser la cosa inexistente en el momento de la perfección

---

han prestado su consentimiento sobre su causa y su objeto, corriendo a partir de ese momento el plazo contractual, al margen de que el usuario no posea durante todo el período contractual los bienes (vid. GARCÍA GARNICA, M.ª C., *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 262-263, con abundante bibliografía sobre el tema).

[170] La validez de la compraventa de cosa futura es generalmente admitida por la doctrina, se habla de un principio de libre transmisibilidad de las cosas futuras: PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, III, *Obligaciones y contratos*, 3ª ed., Ediciones Pirámide, 1976, Madrid, pág. 359; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, 1993, op. cit., pág. 203; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., "Comentario al artículo 1445 CC", en *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, t. II, dirigidos por Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2000, pág. 2592; SAN JULIÁN PUIG, V., "Comentario al artículo 1271 CC", en *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, t. II, dirigidos por Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2000, pág. 2205; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Comentario al artículo 1271 del Código civil", en *Comentarios del Código civil, Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1991, págs. 474; RAMS ALBESA, J., "Comentario al artículo 1271 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVII, vol.1-B, Edersa, Madrid, 1993, págs. 458 a 462; también las SSTS de 3 de junio de 1970 (RJ 2790), 9 de noviembre de 1993 (RJ 8974), 9 de marzo de 1995 (RJ 2154).

[171] Ahora bien, tenemos claro que no todo inmueble futuro podrá ser objeto del contrato. En primer lugar, para la validez de tal convenio será preciso que el inmueble futuro esté suficientemente determinado, para lo que será oportuno que las partes emitan su consentimiento en base al correspondiente proyecto técnico. Además, el objeto ha de ser lícito y posible, lo que exigirá acreditar la conformidad del edificio proyectado con la legislación urbanística.

del contrato, éste no puede operar la transferencia de la titularidad dominical o del derecho real de goce que se trate de crear sobre ella, quedando el efecto traslativo pendiente hasta el momento en que aparezca la cosa en manos del tradens[172].

Este carácter futuro de la cosa al celebrarse el contrato ha provocado un debate doctrinal sobre la naturaleza del mismo, en especial, en la doctrina de los países cuyo Ordenamiento jurídico admite la transmisión dominical por el solo consenso, sin necesidad de tradición alguna. Vamos a intentar clasificar los distintos argumentos que sobre este tema se han ido pronunciado, distinguiendo entre aquellos autores que parten del supuesto de considerar la compraventa de cosa futura como un negocio incondicional, pero, niegan la existencia de objeto en esta modalidad contractual. También vamos a tener en cuenta aquellas otras teorías, bastante más numerosas en nuestra doctrina patria, que entienden que la compraventa de cosa futura es un negocio válido, pero condicional. En ocasiones, también se acude a la *conditio iuris*, para obviar las críticas que se realizan a la construcción condicional, pero se observa que también subsiste la dificultad de elevar a requisito de eficacia un elemento interno esencial del contrato.

A) Principio consensualista y compraventa de cosa futura. Teorías que niegan que el contrato tengo un objeto y rechazan el carácter condicional del negocio.

La inexistencia de la cosa provoca una cierta intranquilidad que se ha manifestado, sobre todo, en la doctrina de los países donde rige el sistema de transmisión del dominio y demás derechos reales por el solo consentimiento.

---

[172] Aquí es donde se podría encontrar la justificación de la prohibición de donación de cosas futuras del artículo 635 CC, en base al esquema adquisitivo que se predica de la donación, con ausencia del requisito de la tradición, pues de lo contrario no sería comprensible. Algo similar encontramos en DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, (*Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 1999, reimpresión 2000, pág. 306): la prohibición de donar bienes futuros es coherente con la regulación legal de la donación, que transfiere la propiedad de lo donado ya, desde que se dispone y acepta, por eso no podría tener lugar en los bienes futuros. Pero en una donación obligaciónal no tiene fundamento. A lo anterior, debemos añadir, el comentario que sobre tal precepto, realiza ALBALADEJO GARCÍA, M., ("Comentario al artículo 635 del Código civil", en *Comentario del Código civil, Ministerio de Justicia*, t. I, Madrid, 1991, págs. 1612 a 1614): si se parte del carácter real de la donación, bienes no donables son los bienes futuros (entendiendo por tales, los que no existan *in rerum natura*, como una cosa aún no hecha o un edificio aún no construido; aquellos que aunque existan, no son del donante; los propios del donante indisponibles absolutamente, por pesar sobre ellos una prohibición de disponer y los propios no disponibles a título gratuito). Para expresar la idea con más exactitud se habría debido decir que no se puede donar aquello de que no se puede disponer al tiempo de la donación. La razón podría hallarse en que siendo la donación transmisión actual del bien, es decir, donación real, o transmisión al donarlo, no es posible si no puede transmitirse entonces. Dado que ALBALADEJO defiende la existencia de una donación obligacional o contrato de donación, la justificación que le merece el art. 635 CC, es que el precepto no prohíbe donar bienes futuros singularmente considerados, pero sí todos los bienes futuros, además de los presentes, es decir, donar todo el patrimonio, porque eso es dejar ya al donatario la herencia futura [...].

En este sentido, el artículo 1376 del *Codice civile* italiano[173] establece que "en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad 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". ¿Esto significa que el adquirente de un piso sobre plano, adquiere la propiedad del mismo por la simple celebración del contrato? La respuesta es claramente negativa[174], el art. 1472 del *Codice* regula la venta de cosa futura, y retrasa la transmisión de la propiedad hasta el momento en que nazca la cosa objeto del contrato[175]. Es más, la compraventa es nula si finalmente la cosa no llega a existir, a menos que las partes hubiesen querido concluir un contrato aleatorio.

Dada la necesidad de que la cosa futura llegue a tener existencia para que la propiedad se transmita, surgieron, especialmente en el ámbito de la doctrina italiana[176], teorías que predican falta de objeto[177] en el contrato en el momento de la conclusión de la

---

[173] Sobre el significado y alcance de esta norma, vid. BARASSI, L., *Instituciones de Derecho Civil*, traducción y notas de Ramón García de Haro de Goytisolo y Mario Falcón Carreras, tomo II, Bosch, Barcelona, 1955, págs. 39 y ss.; MESSINEO, F., *Il contratto in genere. Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por A. CICU y F. MESSINEO, vol. XXI, t. 2, Milano, 1972, págs. 62-67.

[174] Sobre la compraventa italiana, E. GIMÉNEZ ROIG, (*Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, págs. 46-47) dice que en el supuesto normal u ordinario, de venta de cosa específica propiedad del vendedor, es traslativa inmediatamente, ya que su efecto traslativo es inmediato a la perfección del contrato, porque no está condicionado legalmente al cumplimiento de la tradición o de la inscripción. Mientras que en los supuestos especiales, como son la venta de cosa genérica, la venta de cosa ajena, la venta de cosa futura o en construcción, el efecto traslativo está condicionado legalmente al cumplimiento de otros requisitos: determinación o especificación de la cosa, adquisición o pertenencia del derecho de propiedad al vendedor, existencia de la cosa; supuestos especiales y requisitos que también hay que referir a la venta española, pero relacionados con el momento de la entrega.

[175] La cuestión que deja pendiente esta fórmula es la determinación del momento en el que se debe entender que la obra existe y se produce la adquisición. BIANCA, M. C., "La vendita e la permuta", en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por *Vasalli, F.*, vol. VII, t. I, UTET, Torino, 1972, págs. 330 y ss., entiende que esta circunstancia se produce, en el caso de un inmueble de futura construcción, cuando se han finalizado las obras (*completamento del bene*), solución que responde al interés del adquirente de no verse afectado hasta ese momento por los riesgos; si bien, todavía queda por determinar qué se entiende por obra terminada a estos efectos: el momento en que se completan todas las obras de acabado, o desde el momento en que se han realizado los cerramientos (*opere murarie*) que, ciertamente, es el momento decisivo de la construcción. En relación a la cesión de solar por obra, COTTINO, propone utilizar un criterio elástico que tenga en cuenta la voluntad de los contratantes y la función que la parte construida pueda cumplir ("Del riporto. Della permuta", en *Comentario del Codice Civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1970, pág. 103). Vid. también LEPRI, A., *La compravendita immobiliare*, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 685 y ss. Sobre este tema, RIZZIERI, A., *La vendita obligatoria*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, págs. 150-151.

[176] RUBINO, *La compravendita. ¨Trattato di Diritto civile e comérciale*, Cicu-Messineo, t. XXIII, 2ª ed., Milán, 1962, pág. 178. GABBA, P., *La contratazione sui beni futuri, nel diritto civile italiano*, Lapi, Città di Castello, 1902, págs. 68-69. SALIS, *La compravendita di cosa futura*, Padua, 1935, págs. 136-137. BIONDI, "Cosa futura", voz en *Novísimo Digesto*, IV, Turín, 1960, págs. 1022-1023. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1962, págs. 370 a 372.

[177] Esta parece ser la postura que mantiene DE BUEN, en las notas a COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, tomo 4º, *Contratos usuales*, 3ª ed. revisada por F. Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1981, pág. 49, cuando establece que la venta de cosas futuras puede ser un contrato conmutativo

compraventa de cosa futura: se ha sostenido que el contrato sobre cosa futura carece realmente de objeto, que no existe o sólo está *in itinere*; que las cosas que no existen *in rerum natura* no pueden ser objeto de un contrato definitivo, sino sólo de un precontrato; que se trata de un contrato con dos fases: la primera, constituida por el consentimiento sobre la cosa y el precio y, la segunda, por la actuación ejecutiva de ese consentimiento precedente, es decir, contrato de formación sucesiva o con consentimiento anticipado; que la compraventa de cosa futura es en sí misma un contrato futuro, pues si falta la transmisión de la propiedad, falta realmente el cambio de cosa por precio, de manera que será cuando la cosa exista el momento en que el contrato deberá ser tenido por tal.

Ante la falta de producción de la eficacia real, por lo demás difícilmente explicable en los sistemas que predican como regla general el de la transmisión de la propiedad solo *consensu*, actualmente parecen predominar aquellas teorías que, podemos encuadrar bajo el común calificativo de obligatorias, que necesitan añadir un algo más al contrato, en referencia con la venida a existencia de la cosa[178]. En este sentido se habla de fuente de cualificación objetiva de la relación; de concausa de la eficacia real[179], de eficacia suspendida en vistas a un evento ulterior o de negocio *per relationem*[180].

(como sucede cuando un industrial vende objetos a cuya fabricación se obliga, antes de fabricarlos o cuando se vende algo que aún no ha nacido, pero que va a nacer), como ocurre en la llamada *rei speratae*, y en este caso, si la cosa esperada no llega a tener nacimiento, la venta es nula.

[178] FALZEA, *La condizione e gli elementi dell´atto giuridico*, Milan, 1941, págs. 312-316. VISTOSO, *Sulla natura giuridica della vendita di cosa futura*, en Studi Eula, Milán, 1957, págs. 519-531. GAZZARA, *La vendita obligatoria*, Milán, 1957, pág. 173. Vid. también LEPRI, A., *La compravendita immobiliare*, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 685 y ss. Sobre este tema, RIZZIERI, A., *La vendita obligatoria*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, págs. 123-274.

[179] Hay una particularidad que la debemos trasladar al plano de la eficacia y es la falta de existencia actual de la cosa. Así que al evento ulterior (la futura existencia de la cosa), queda extraño o al margen de la estructura negocial del contrato de compraventa, y desempeñará la función de coelemento o concausa de eficacia de determinadas obligaciones, que tengan relación con la cosa. De este modo, podremos decir, que la compraventa de cosa futura es un negocio en vía de formación externa, compuesto de una venta obligatoria (en el plano de la relevancia o existencia) y de un evento ulterior que es el nacimiento de la cosa (en el plano de la eficacia), y entre ambos, integran el contrato de compraventa con todos sus efectos típicos. ROVIRA JAÉN, F., "La compraventa de cosa futura", op. cit., págs.131 a 136. En similar sentido, BONET CORREA, que considera que los negocios típicos de cosa futura son negocios anticipados, que deben ser entendidos como contratos perfectos y completos desde su comienzo, a pesar de que el objeto no exista *in rerum natura*. La falta actual del objeto no supone aquí más que un requisito de eficacia del negocio, pero no un requisito esencial de su constitución; basta la obligación de compromiso, su contenido económico, para que el negocio sea perfecto (BONET CORREA, "La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir", en *RDN*, núm. XXXIII-XXXIV, julio-diciembre 1961, págs. 268 y ss.). También SERRANO CHAMORRO al exponer la naturaleza jurídica del negocio sobre edificio futuro se declara partidaria de la postura de Rovira Jaén (en *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 270-271).

[180] En nuestra doctrina siguen esta interpretación DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, quien considera que la compraventa de cosa futura supone la existencia de un negocio jurídico perfecto generador de una relación jurídica obligatoria entre las partes. El negocio tiene un elemento esencial, el objeto, indeterminado. La determinación se realiza mediante la remisión a un hecho extrínseco al negocio, el nacimiento de la cosa.

Todas las posturas que consideran que en la venta de cosa futura existe un problema de inexistencia del objeto del contrato, se pueden explicar por esa tendencia que existe en considerar la cosa como objeto del contrato[181], propensión que también existe en nuestro entorno jurídico. Este protagonismo de las cosas como objeto del contrato, obedece a un doble motivo, por un lado, es una reminiscencia del Derecho francés, en cuyo articulado se inspiró el Código civil español, olvidando que ambos Códigos tienen su fundamento en sistemas distintos, y aunque en el francés, donde la perfección del contrato y la transmisión del derecho real se produce de forma simultánea, no sea de extrañar que los objetos de ambos derechos se confundan y se centren exclusivamente en la cosa; este problema no lo tenemos en el Derecho español, donde están perfectamente delimitados el derecho de crédito, para cuyo nacimiento basta el mero consentimiento, y el derecho real, que necesita de la concurrencia de un título y un modo, luego responden a etapas distintas y separadas en el tiempo.

Sin embargo, y éste constituiría el segundo motivo, no podemos desconocer que, si bien el contrato sólo es fuente de obligaciones y en sí mismo no tiene trascendencia real, sí que es "vehículo de constitución de derechos reales", aunque precise de la concurrencia de la tradición; de ahí que la aparición de la cosa se deba a que se tienen a la vista los efectos reales que los contratos pueden encaminarse a producir, ya que está claro que no se puede desligar la idea de propiedad[182] de la idea de contrato, al ser éste el instrumento de circulación de aquélla. Pero como no todo contrato se encamina en esa dirección, no

---

Y este hecho no puede considerarse como condición suspensiva, ya que la condición es un obstáculo que una vez que se verifica desaparece, mientras que la *relatio* integra el negocio, se incrusta en él para completar el elemento que falta (vid. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D., *El negocio jurídico "per relationem" en el Código civil*, 2ª ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1994, págs. 140-141). Consideramos que una cosa es la determinación y otra la indeterminabilidad, y en los negocios sobre edificios futuros se suele determinar con todo detalle las características del edificio futuro en términos de tal precisión o mayor, si cabe, que cuando el edificio se halla terminado.

[181] La polémica existente en torno a este tema la expresa con gran claridad IGLESIAS CUBRÍA, que dice que en nuestro sistema, los contratos son fuente normal de obligaciones y que toda obligación tiene un objeto existente, consistente en una conducta del deudor. Mas cuando esta conducta hace referencia a una cosa determinada, convertimos el objeto de la prestación –cosa-, en objeto por abreviación de la obligación misma, y, a través de ella, a su vez, en objeto del contrato. De donde concluimos la confusión existente entre objeto del contrato, objeto de la obligación y objeto de la prestación. Vid. IGLESIAS CUBRÍA, M., *Los derechos patrimoniales eventuales (estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)*, Oviedo, 1961, pág. 207.

[182] Como dice RAMS ALBESA, los artículos 1271 y 1273 CC, no sólo confunden en su discurso lógico, el objeto del contrato con el que lo es de la obligación contractual, sino que, además y en nuestro caso, se opera una confusión de las cosas (contenido) con la materia sobre la que versará la tradición a que se refiere el último inciso del art. 609 CC ("Comentario a los artículos 1271 y 1272 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, pág. 443).

podemos reducir el objeto del contrato a la expresión "cosa" ni, menos aún, tomar ésta, exclusivamente, en su sentido material[183].

Es por ello que si a lo largo de nuestro trabajo, para hacer mención al objeto del contrato, utilizamos el término "cosa" [184], ha de entenderse que nos estamos refiriendo al mismo, en lenguaje coloquial que trata de simplificar lo que el objeto es, es decir, estamos pensando en la realidad material en la que se plasman, en fase de ejecución, ciertos contratos, fundamentalmente los contratos traslativos o de cambio, y que tenemos en mente los efectos reales que puede producir el contrato por su vinculación con la propiedad en cuanto título para adquirirla[185].

B) La compraventa de cosa futura en la doctrina francesa. Regulación de la venta de viviendas en construcción en la legislación francesa.

En Francia, cuyo Derecho también establece el sistema consensualista de transmisión del dominio, debemos tener en cuenta dos circunstancias: no se regula

[183] En un intento de fijar posiciones sobre este tema, debe advertirse que el contrato, como negocio jurídico bilateral de contenido patrimonial, requiere para su existencia de los requisitos enumerados en el artículo 1261 del Código civil: consentimiento, objeto y causa. El objeto se integra en el contrato a través del consentimiento, (art. 1262 CC) concretando, determinando la materia, la realidad social sobre la que recae el vínculo creado. De esta realidad social como quid externo o material, a través de la voluntad que la determina, surgirá el objeto cierto, materia de cada contrato; por ello se define el objeto del contrato como la pura representación común de los contratantes sobre un sector de la realidad social, que permite el consentimiento en cuanto es concurrencia de oferta y aceptación *Vid*. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 92; también HERRERO GARCÍA, M.ª J., "Comentario al artículo 1273 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, pág. 473; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Comentario a los artículos 1271 a 1273 del Código civil", en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1991, págs. 473 y ss; para DÍEZ-PICAZO, por objeto del contrato, se entiende la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato, en cuanto negocio, incide. Multiforme realidad (objetos corporales, situaciones de poder o de deber, creaciones del ingenio, servicios, determinadas *universitas iuris*, ...) agrupada en torno al concepto de bien susceptible de valoración económica que corresponde al interés de las partes (en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1993, págs. 201-202). Para DE CASTRO, el objeto es siempre la materia social afectada, la realidad social acotada como base (vid. *El negocio jurídico*, 1985, pág. 192).

[184] Siguiendo a ROGEL VIDE, el autor extrae la siguiente reflexión respecto cuál sea la posición que a la cosa haya de asignarse en relación al concepto de objeto del contrato: aún reconociendo que es en la prestación y en su objeto (la cosa) donde en última instancia, han de constatarse las condiciones de validez del contrato relativas al objeto, no puede hablarse de la cosa como objeto del contrato. El Código al expresarse así, lo hace tan sólo elípticamente, viniendo legitimada tal elipsis por la comodidad que representa. Propiamente hablando, la cosa no es ni más ni menos que el posible objeto de una prestación, que, a su vez, es objeto de la obligación. La dualidad de objetos: cosas y servicios, a que hace referencia nuestro artículo 1271 CC, sólo puede explicarse entendiendo que se está pensando aquí en las cosas en cuando objeto mediato, en cuanto objeto remoto (vid. ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pág. 123).

[185] Igualmente SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 85 a 97.

expresamente la compraventa de cosa futura, pero sí se tipifica la venta de inmuebles en construcción.

En cuanto a la admisibilidad de la venta de cosa futura[186] en el Derecho francés, el sistema consensualista de transmisión del dominio establece que "la propiedad de los bienes (dice el artículo 711 del *Code civil*) se adquiere y transmite ... por efecto de las obligaciones"[187]. Sin embargo, y aunque no lo diga expresamente el *Code*, entiende la doctrina que la transmisión de la propiedad de una cosa futura requiere, además del consentimiento de los contratantes, que dicha cosa venga a existencia[188]. Es por ello, que si el contrato no contiene previsión alguna respecto al momento en que se producirá la transmisión de la propiedad, se debe entender que dicha transmisión se producirá cuando se ha completado el proceso de producción del bien o cuando se produce la entrega del mismo.

Pero la venta de inmuebles en construcción está sujeta a un régimen específico, desde la aparición de la Ley núm. 67-3, de 3 de enero de 1967, que se recoge en los artículos 1601-1 a 1601-4 del *Code civil* francés.

La definición de venta de inmueble a construir se contiene en los artículos 1601-1 del *Code*[189] y L. 261-1 del *Code de la construction et de l´habitation*[190] (CCH), de esta definición se deducen los dos elementos fundamentales de este contrato: se trata de una

---

[186] El art. 1130 del *Code civil* francés, establece que "les choses futures peuvent étre l´objet d´une obligation (...)".

[187] Además el artículo 1138 *Code civil*, dice que "la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de los contratantes. La obligación convierte al acreedor en propietario (...), aunque la tradición no haya sido hecha (...)". Las condiciones necesarias para que el contrato transfiera la propiedad son que el enajenante sea propietario, que el contrato recaiga sobre cosa individualmente determinada, que se trate de una cosa actual y que la convención no excluya la transmisión inmediata de la propiedad. Por ello, ante una cosa futura la adquisición de la propiedad se aplazará hasta el momento en que el obstáculo natural que encuentra haya cesado, es decir, hasta el momento de creación de la cosa. En este sentido vid. COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, tomo 2º, vol. IV, *De los bienes y derechos reales principales*, con notas de Demófilo DE BUEN, 4ª ed. revisada por Pascual Marín Pérez y Justo José Gómez Isabel, Reus, Madrid, 1984, págs. 723-729.

[188] MAZEAUD, H., L., J., y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 2º, *Biens: droit de proprieté et ses démembrements*, 7ª ed., Montchrestien, Paris, 1989, págs. 322 y ss; TERRE, F., y SIMLER, Ph., *Droit civil. Les biens*, 4ª ed., Paris, 1992, pág. 246.

[189] Según estos preceptos "la vente d´immeuble à construire est celle par laquellle le vendeur s´obligue à edifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat ...".

[190] Este cuerpo legislativo, aprobado por Décr. nº 78-621 de 31 de mayo de 1978, codifica todos los textos existentes, hasta ese momento sobre la materia. Se trata de un texto legal que se dirige a la regulación de todos los aspectos referentes al régimen y control de la construcción y en cuyo articulado se distinguen normas de dos tipos: normas de carácter legal, precedidas por la letra L, y normas reglamentarias, precedidas por la letra R (vid. sobre el *Code de la construction* y su significado en el ámbito urbanístico, MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Les biens*, Paris, 1995, págs. 403 y ss).

compraventa de inmueble, y de dicho contrato deriva una obligación de construir en un determinado plazo, lo cual convierte este contrato en una original simbiosis de contrato de compraventa y contrato de obra[191].

El segundo inciso del artículo 1601-1 del *Code civil*, se refiere a las dos posibles modalidades de compraventa de inmueble a construir: la venta a término (*vente à terme*) y la venta en estado de futura terminación (*vente en état futur d´achèvement*). Junto a la regulación de estas dos modalidades, encontramos una serie de normas comunes aplicables a ambos supuestos. La diferencia fundamental entre la venta a término y la venta en estado de futura terminación, se encuentra en la manera en que se produce la adquisición de la propiedad.

En la venta a término, la transmisión de la propiedad de los inmuebles que se están construyendo tiene lugar *ipso iure* por la constatación en acto auténtico[192] de la terminación del inmueble, produciendo la transmisión efectos retroactivos, desde el día de la conclusión del contrato[193].

Además de la determinación del momento de finalización de la obra, la cuestión fundamental que se nos plantea son los efectos que produce esta transmisión, en concreto, qué ocurre con la constitución de derechos reales entre el momento de celebración de la venta y el momento de terminación de la obra. La transmisión tiene carácter retroactivo, lo que implica la cancelación de todos los derechos constituidos durante el período transcurrido. Esta previsión tiene una finalidad protectora para el adquirente, ya que el constructor, al continuar como propietario, podría constituir derechos reales que burlarían

---

[191] En este sentido DAGOT, M., *La vente d´immeuble à construire*, Litec, París, 1983, págs. 42 y ss.

[192] La transmisión de los inmuebles no se produce en el mismo momento de conclusión del contrato, sino que se aplaza a un momento posterior. Y por ello la primera cuestión que plantea esta fórmula contractual es la determinación del momento exacto en el que se debe considerar terminada la obra y, con ello, transmitida la propiedad. Indudablemente, es necesario fijar una fecha incontestable y para ello la Ley determina que ese momento tiene lugar con la constatación de la terminación de la obra recogida en un acta auténtica, que podrá ser hecha ante notario, bien por las partes, o por persona cualificada designada a tal efecto por el Tribunal competente, en caso de desacuerdo de las partes o si se ha previsto nada en el contrato. Esta materia está regulada en el Código de la construcción (CCH). El art. R-261.1, establece cuando se considera acabada la construcción: "L´immeuble vendu à terme ou en état futur d´achèvement est réputé achevé au sens de l´article 1601-2 du Code civil (...) lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d´équipement indispensables à l´utilisation, conformément à sa destination ...". Sobre este punto vid. MALINVAUD, Ph. y GESTAZ, Ph., *Droit de la promotion immobilière*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1995, págs. 257-258; DAGOT, M., *La vente d´immeuble à construire*, Litec, París, 1983, págs. 617 a 628 y 765; MAGNIN, "Vente d´immeuble à construire", en *Jurisclasseur civil* (arts. 1601-1 a 1601-4), 2001, pág. 11.

[193] La venta a término, como modalidad contractual de la venta de inmuebles a construir tiene carácter residual, según señala MALINVAUD, Ph. y GESTAZ, Ph., *Droit de la promotion immobilière*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1995, pág. 284.

el derecho del adquirente o incluso vender a un tercero, que al publicar antes su derecho, sería preferente al adquirente inicial; todo lo cual se evita concediendo eficacia retroactiva a la adquisición[194]. Sin embargo, esta fórmula no deja de tener inconvenientes, en especial, es bastante probable que el constructor necesite acudir a un préstamo para financiar la construcción, y en este caso, el prestamista suele exigir una garantía hipotecaria; para resolver este problema el mecanismo previsto es el mandato[195], a través del cual el adquirente permite que el constructor afecte hipotecariamente el inmueble vendido. El mandato por el que el adquirente consiente, en concreto, la afección hipotecaria del inmueble está regulado en el art. R. 261-6 CCH, que establece como límite de la responsabilidad hipotecaria que corresponda al inmueble, la cantidad pactada en el contrato de compraventa como precio, con lo que el adquirente se asegura de no tener que pagar más para obtener su inmueble libre de cargas.

En el caso de la venta en estado de futura terminación, el vendedor transfiere inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo y la propiedad sobre las construcciones existentes, mientras que las obras futuras las adquiere el comprador a medida que se van realizando, de modo que el contrato tiene efectos reales inmediatos[196].

Este modalidad contractual de compraventa de inmueble en construcción supone la transmisión inmediata al adquirente de los derechos sobre el solar que tenga el vendedor (el vendedor debe ostentar un derecho sobre el terreno que le permita construir, pero no necesariamente la propiedad y, por tanto, lo que transmite es el derecho que tiene). Esta vía engloba diversas posibilidades, desde la transmisión de un derecho real sobre el suelo distinto de la propiedad, hasta la transmisión de la propiedad de una parte indivisa del solar o de una cuota en la propiedad horizontal[197]; en definitiva, el vendedor transmite sus

---

[194] En este sentido, vid. MAGNIN, "Vente d´immeuble à construire", en *Jurisclasseur civil* (arts. 1601-1 a 1601-4), 2001, pág. 10.

[195] Para cualquier modalidad de venta de inmueble futuro, el art. 261-5 CCH, prevé que el contrato de compraventa puede ir unido a un mandato, por el que el adquirente concede al vendedor los poderes necesarios para realizar actos de disposición o gravamen sobre los inmuebles objeto del contrato, ya que puede ser imprescindible para llevar a cabo la construcción, el tener que realizar constitución de servidumbres para los servicios necesarios del edificio, etc. El recurso a esta técnica es necesario tanto en al venta a término, para que los actos realizados por el constructor no se anulen en el momento en que el comprador adquiera, como en la venta en estado de futura terminación, en la que el constructor debe desarrollar la obra, pero ya no es propietario de ella (DAGOT, M., *La vente d´immeuble à construire*, Litec, París, 1983, págs. 847 a 863).

[196] MALINVAUD, Ph. y GESTAZ, Ph., *Droit de la promotion immobilière*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1995, págs. 245 a 325; DAGOT, M., *La vente d´immeuble à construire*, Litec, París, 1983, págs. 215 y ss.

[197] Vid. la enumeración ejemplificativa de las diversas posibilidades hecha por DAGOT, M., op. cit., págs. 217-218.

derechos sobre el solar tal y como él los tenga y con la misma configuración jurídica. También se transmite inmediatamente la construcción que ya exista en el momento de contratar, tanto una nueva construcción (si el edificio está a medio construir), como las edificaciones antiguas que estén destinadas a ser demolidas[198]. Por último, la transmisión de los inmuebles futuros se produce conforme éstos van adquiriendo realidad física. Esta adquisición se funda en las reglas de la accesión, pero el art. 1601-3 del *Code civil*, no utiliza este término porque no siempre el adquirente era previamente propietario del suelo, que es el único modo en que puede operar la accesión.

El vendedor conserva, a pesar de la transmisión efectuada, según establece el último inciso del art. 1601-3 los poderes necesarios para realizar la obra, así nombrará a los técnicos, contratará con los proveedores, dará el visto bueno a los trabajos (recepción y certificación final de obra), etc. Sin embargo, no podrá el vendedor, tal y como ya hemos dicho en relación a la venta a término, enajenar ni gravar los inmuebles, la única posibilidad de actuación en este sentido se reduce a la existencia de un mandato que le faculte para realizar estos actos y sólo podrá actuar en los límites del mandato.

Todo contrato que tenga por objeto la transmisión de la propiedad de un inmueble o de parte de un inmueble destinado a vivienda o, a uso profesional y vivienda y, que comporte la obligación para el comprador de realizar pagos o depósitos de dinero antes de la terminación de la construcción, está sujeto a un régimen reforzado, es decir, constituye el llamado "sector protegido", frente a aquellos supuestos en los que no dándose los requisitos anteriores, representarían el "sector libre". Así los artículos L. 261.10 a L. 261.14 del Código de la construcción y habitación[199], imponen la observancia de ciertas medidas protectoras para el comprador cuando celebra contratos que recaen sobre el sector protegido, tales como la suscripción de documento público como requisito de forma *ad solemnitatem*, la obligatoria mención en el contrato de determinados extremos (precio, descripción del inmueble, plazo de entrega, plan de financiación de la construcción), el escalonamiento del pago del precio y, para la venta en estado de futura terminación, la

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

[199] *Code de la construction et de l´habitation*, Décr. nº 78-621 de 31 de mayo de 1978.

necesaria suscripción de una garantía de finalización de las obras o bien de reembolso de las cantidades pagadas[200].

Por último, debemos señalar que el art. 1646.1 del *Code civil* francés (que procede de la Ley de 4 de enero de 1978)[201], declara aplicables al vendedor de los inmuebles a construir los arts. 1792, 1792-1, 1792-2 y 1792-3, que establecen la responsabilidad del contratista, arquitecto y técnicos por los defectos en la construcción (el plazo de responsabilidad es de diez años, en el caso de defectos que comprometan la obra o afecten a elementos que la hagan impropia para su uso y dos años para los que se denominan elementos de equipamiento).

6.- LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA COMO NEGOCIO CONDICIONAL.

En la doctrina española se tiende a explicar la naturaleza de la compraventa de cosa futura mediante la condición[202]. Especialmente representativo de esta dirección es ROGEL VIDE[203] que considera que la compraventa de cosa futura, en sus dos especies, constituye un negocio condicional. En ambos casos, el negocio válido produce inmediatamente los

---

[200] Vid. sobre los requisitos de calificación del sector protegido y las normas imperativas aplicables, TOURNAFOND, *Vente d´immeuble à construire*, Enc. Dalloz, 1994, págs. 3, 18-20.

[201] MULLERAT BALMAÑA, R. M.ª, "La Ley francesa núm. 78-12, de 4 de enero de 1978, relativa a la responsabilidad y al seguro en la construcción (1ª parte)", en *RJC*, 1981, págs. 753-766; y *RJC*, 1983, págs. 233-240.

[202] Es el caso de BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1979, pág.145. También DÍEZ-PICAZO (en el Prólogo a ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, op. cit., pág. 19), considera acertada la configuración de la *emptio rei speratae* como negocio condicional. Tanto la obligación de entrega como la del pago del precio, dependen de la llegada a existencia de la cosa. Este es un evento futuro e incierto. Su introducción en el negocio como factor de eficacia es obra de la voluntad –más o menos explícita-, y exclusivamente de la voluntad de las partes, que son quienes quieren dar al negocio ese perfil y esa estructura jurídica. También en *Fundamentos...*, t. I, op. cit., págs. 203-204. Igualmente, MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil*, tomo VIII, vol. 2º, 6ª ed., revisada por Miguel Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1967, pág. 600. Para OSSORIO SERRANO la compraventa de cosa posible o cosa futura es aquella en que el objeto del contrato es una cosa, que sin tener existencia real, se espera que la tenga en un futuro. Si una vez celebrado el contrato la cosa no llega a existir, no le será posible al vendedor cumplir su obligación de entrega, quedando, por su parte, el comprador liberado de la suya de pagar el precio. Se trata de una compraventa sometida a condición suspensiva (de que la cosa llegue a ser), que al no cumplirse hace ineficaz el contrato ("El contrato de compraventa", en *Curso de Derecho civil*, II-2º, *Contratos en particular, cuasi-contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, coordinado por MORENO QUESADA, B., Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, págs. 36-37). En la misma dirección vid. OSSORIO MORALES, J., *Lecciones de Derecho civil*, 2ª ed., revisada por Ossorio Serrano, Comares, Granada, 1986, págs. 229-230. En el mismo sentido PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, *Contratos en particular*, 2ª ed., Bosch, Barcelona,1982, pág. 136: la compraventa de cosa esperada, es una venta conmutativa y condicional, en el sentido de que la obligación de pagar el precio depende de que la cosa ve ndida llegue a existir; pero en la compraventa de esperanza, existe una venta aleatoria cuando el comprador se obliga en firme a pagar en todo caso, a cambio de la posibilidad de que llegue a existir la cosa cuya posibilidad de existencia ha sido valorada.

[203] Vid. *La compraventa de cosa futura*, op. cit., pág. 266.

efectos jurídicos obligatorios independientes de la venida a existencia de la cosa. Si la cosa viene a existencia en un momento posterior, la compraventa deviene plenamente eficaz. Si la cosa no viene a existencia, las consecuencias serán distintas, según se trate de un contrato conmutativo o aleatorio por voluntad de las partes. En el caso de la *emptio rei speratae*, el contrato deviene plenamente ineficaz, inútil, puesto que, en tal caso, la condición, requisito de eficacia del negocio, afecta a todo él, y, por consiguiente, también al aspecto sinalagmático del mismo. En el caso de la *emptio spei*, por el contrario, la condición, requisito de eficacia de la prestación del vendedor únicamente, incide sobre tal sinalagmaticidad y no permite el funcionamiento de la misma, suspendiendo en primer lugar, y haciendo imposible después, la sola prestación condicionada.

En los sistemas que predican el principio de la transmisión de la propiedad *solo consensu*, lo que está condicionado es precisamente esta propiedad, el nacimiento de un derecho real.

Por el contrario, en el Ordenamiento jurídico español, donde la propiedad no se adquiere como consecuencia del solo contrato, sino sumando a éste la tradición, lo que está condicionado, lo que impide la condición, es la exigibilidad inmediata de la obligación de entregar, o sea, el nacimiento de un derecho de crédito.

A la configuración condicional de la compraventa de cosa futura, se le han opuesto, con carácter general, dos obstáculos: en primer lugar, la condición debe referirse a un hecho, a un acontecimiento extraño a los elementos esenciales del negocio jurídico, que deben suponerse existentes. Si el propio nacimiento de la cosa se pone como condición de la compraventa, en esencia, se viene a negar que ésta se halle constituida. También se le objeta, que cuando la cosa viene a existencia, la adquisición de ésta por parte del comprador, y todos los efectos definitivos de la venta, se realizan *ex nunc*, y no retroactivamente, esto es, remontándose al momento de la conclusión.

Para los defensores del carácter condicional de la compraventa de cosa futura, si bien es seria la objeción consistente en la imposibilidad de que el objeto, elemento esencial del negocio, pueda verse reducido al rango de elemento accidental[204], como sería la

[204] En este sentido, ROGEL VIDE, en nota a pie de página, realiza la siguiente consideración, "somos conscientes de lo problemático que puede resultar esta afirmación. Por otra parte, es indudable el carácter especial de esta condición, que, es necesario reconocerlo, se intuye afecta, es inherente a la presencia o no de un elemento esencial del contrato. Tómese, pues, a beneficio de inventario (...). La condición, nos da

condición; sin embargo, niegan que sea el objeto, elemento esencial del contrato, el condicionado; en su opinión, la cosa es simplemente objeto de la prestación del vendedor. El evento sometido a condición no es la cosa, sino el hecho, en sí mismo extrínseco, de la venida a existencia de la cosa[205].

Además, partiendo de que la condición, término y modo son modalidades que se denominan accidentales con respecto al tipo o género del negocio, en el sentido de que son extrañas a su estructura típica, pero que asumen carácter esencial en relación al negocio concreto en que se incluyen, en cuanto se convierten en un elemento de su contenido preceptivo y determinan, por ello, su supuesto de hecho, concluye ROGEL VIDE, que la condición, elemento accidental de la compraventa, podría ser, respecto de la compraventa de cosa futura, una determinación esencial de la reglamentación de intereses establecida por las partes[206].

No estamos de acuerdo con esta afirmación, pues cuando se agrega una condición a un contrato, ya se trate de un contrato de compraventa sobre cosa futura o cualquier otra modalidad contractual, la condición que, por definición es un elemento accidental, se convierte respecto del concreto contrato del que forma parte en elemento esencial. Como dice el profesor ALBALADEJO[207] siendo cosa distinta la accidentalidad de la accesoriedad,

---

pautas seguras de actuación que la hacen preferible, a mi entender, a otras teorías que, siendo igual de criticables, aparecen más oscuras, demasiado teóricas". Vid. *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pág. 266.

[205] Vid. ibidem *La compraventa de cosa futura*, op. cit., págs. 261 y ss; apoyándose en PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Nápoles, 1962, págs. 138 y ss; en particular, 140 a 142.

[206] ROGEL VIDE (*La compraventa de cosa futura*, op. cit., pág. 261) llega a poner en tela de juicio la propia distinción entre elementos accidentales y elementos esenciales del negocio. Para ello, acude a DÍEZ-PICAZO, cuando indica, que "la teoría de los elementos del contrato posee toda la arbitrariedad de las clasificaciones escolásticas y se forma implicando ideas que son completamente heterogéneas. Los elementos esenciales, son requisitos o presupuestos de validez del negocio. Los elementos naturales, son obligaciones contractuales derivadas de normas jurídicas dispositivas que funcionan en defecto de pacto en contrario de las partes. Los elementos accidentales, son maneras de configurar el negocio o su eficacia, cuya accidentalidad puede predicarse por la ley, pero que en el negocio real establecido por las partes adquieren el rango de determinaciones esenciales de la reglamentación de intereses que entre ellos se establece". (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, págs. 327-328). También BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias por A. Martín Pérez, Comares, Granada, 2000, pág. 445.

[207] ALBALADEJO, M., "Condición, término y modo", en *Revista de Derecho Notarial*, núm. XVII-XVIII, julio-diciembre 1957, pág. 47. Por ello rechaza la expresión "determinación o disposición accesoria", aplicada a la condición o al término. Tal manifestación conviene a los casos en que, presupuesta una determinación volitiva principal, se le añaden otras secundarias, que, partiendo de aquélla, le agregan matices, cuya falta no afecta a la validez ni a la eficacia del negocio. Como el modo, la cláusula penal, etc. Igualmente MONTÉS PENADÉS, V., "Comentario a los artículos 1113 a 1124 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1 º, dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1989, pág. 1015.

los elementos accidentales, que, como la condición y el término, son requisitos voluntarios de eficacia, son accidentales, pues pueden existir o no, pero no son accesorios, en cuanto que existiendo, depende de ellos la eficacia del negocio y no son algo secundario agregado a éste.

Como acabamos de mencionar, una de las características que se suelen predicar de la condición es su carácter extrínseco, es por ello que llama poderosamente la atención que la obligación de construir, como previa y necesaria para la efectividad de la obligación de entrega, que recae sobre el vendedor, posición que en el contrato de pisos en construcción ocupa el promotor o promotor-constructor, que es la que determina que los pisos adquieran realidad, o vengan a existencia, se pueda considerar como un acontecimiento incierto y arbitrario, elevado a la categoría de condición; en otras palabras, con tal hipótesis se está aludiendo a la posibilidad de que el negocio quede condicionado, no ya a un evento exterior, ni a una conducta cualquiera de las partes, sino a una conducta de prestación asumida por uno de los contratantes.

Para LUCAS FERNÁNDEZ[208], si bien, las cosas futuras son las inexistentes en sentido objetivo, aunque se contemple su ulterior nacimiento o producción, en el caso del edificio que hoy no existe pero que se ha de construir, y a diferencia de los bienes futuros naturales, el edificio no se espera que surja por obra de la naturaleza, sino del hombre. Esto le imprime una característica especial cuando se relaciona esta noción con el negocio que haya de celebrarse teniendo al edificio por objeto: y es que habrá que tener en cuenta la actividad de la persona que de un modo u otro está obligada a llevar a buen término la edificación. De acuerdo con lo anterior, el vendedor se obligará a construir y entregar. No cabe condición[209]. Cuando el propio vendedor se obliga a edificar no puede esta misma prestación o su incumplimiento elevarse a categoría de condición porque ello lo prohíbe el art. 1115 CC. El precepto mencionado establece que "cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será

[208] En este sentido, vid. LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir", en op. cit., pág. 281. Igualmente MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, pág. 181.

[209] Esta objeción ha intentado rebatirla MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa Calpe-Universidad, Madrid, 1987, págs. 52-53, que concluye, que la construcción de un edificio no puede considerarse como una condición rigurosamente potestativa, requiere un verdadero esfuerzo y hasta una aventura por los múltiples factores que intervienen. Por ello admite la posibilidad de condicionar la obligación a la terminación del edificio. Sobre este tema puede verse FUENTESECA, C., *La condición potestativa*, Dykinson, Madrid, 1999. También BELTRÁN DE HEREDIA, J., "En torno a la condición potestativa", en *RDP*, marzo 1963, págs. 215 y ss..

nula"; y a mayor abundamiento, el art. 1256 CC, dispone que "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de unos de los contratantes".

Sin embargo, la doctrina distingue dentro de estas condiciones que llama potestativas, dos tipos diferenciados: la condición que impone al obligado una tarea levísima, con tan poco esfuerzo que se deje prácticamente a su voluntad la existencia de la obligación, que se llaman rigurosamente o puramente potestativas, y aquella otra en que se imponga al obligado cierto esfuerzo o haya alguna dependencia exterior, aunque suponga una conducta volitiva motora para cumplirla, que son las simplemente potestativas. Sólo las primeras anulan la obligación, porque el obligado, después de haberla contraído, sigue en libertad de considerarse obligado o no. Pero las segundas, aunque no las tenga reconocidas de una manera expresa el Código civil, parece que se refiere a ellas para excluirlas del efecto anulatorio del art. 1115, al utilizar la expresión "exclusiva"[210].

El principal problema que presenta la admisión de tales condiciones que consisten en el comportamiento prestacional de una de las partes, al margen de su consideración o no como condición simplemente potestativa, es el de si de admitir tal cláusula, podría calificarse como condición en sentido propio o estaríamos alterando el régimen predispuesto para resolver el problema del incumplimiento.

La disciplina de la condición se predispone bajo la consideración de lo que pudiéramos llamar el "dato objetivo" de la realización o no del evento. No hay un impulso específico hacia el cumplimiento, sino que, integrado el evento en el supuesto de hecho negocial como previsión, la regla funciona según un determinado régimen, o según su alternativa, en función de que el evento se haya realizado o no haya tenido lugar, de acuerdo con lo previsto.

Por el contrario, el cumplimiento de las prestaciones constituye actos debidos, el ordenamiento impulsa su realización, que no es libre para el obligado, pues éste ha

[210] Considera MONTÉS PENADÉS, que la posición preponderante en la doctrina se podría resumir con las siguientes palabras: la condición es meramente potestativa y hace nula la obligación cuando el deudor haga depender de su mero arbitrio la voluntad de obligarse; y es, en cambio, potestativa simple, y no invalida la obligación, cuando la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos que represente intereses apreciables y que, actuando sobre aquélla, influyan en su determinación aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado. De este modo, queda salvada la validez de las condiciones que consisten en la conducta de prestación por parte de uno de los interesados. Se trata de una conducta obligada en cuya realización incide ese conjunto de motivos y un interés ciertamente apreciable (vid. "Comentario a los artículos 1113 a 1124 del Código civil", en op. cit., págs. 1053 y ss.).

comprometido su libertad, y establece un juicio de reproche para el caso de que, llegado el momento previsto, no haya realizado la conducta prometida. De este modo, la previsión de que en el momento previsto para el cumplimiento, no se haya llevado a efecto la prestación está ya efectuada por la norma, que predispone una reacción no en términos de indiferencia, como en el caso de la condición, sino en términos de responsabilidad[211].

Respecto de la retroactividad de la condición, se ha dicho que la condicionalidad del negocio viene excluida por la irretroactividad[212] de los efectos en la compraventa de cosa futura. Ahora bien, la objeción se suele superar por los defensores del carácter condicional alegando que la retroactividad no es esencial para la condición, ni para los requisitos de eficacia en general[213].

A) La realización de la edificación como *conditio iuris*.

Cuando la eficacia de un negocio se hace depender de un acontecimiento incierto, pero esta dependencia procede de la naturaleza del negocio o la dispone el Ordenamiento jurídico, en vez de establecerla arbitrariamente el sujeto, se califica a tal acontecimiento de "condición de Derecho", en el sentido de que es impuesta por el Derecho o *conditio iuris*;

[211]Sobre este tema, considera MONTÉS PENADÉS que el mecanismo del incumplimiento no puede considerarse como el revés del cumplimiento, porque constituye un supuesto complejo en que juegan varios factores: la falta de prestación, o la inadecuación de la conducta prestacional al programa contractual, la insatisfacción del acreedor, el juicio sobre el comportamiento del deudor en orden al esfuerzo para realizar el programa, la conexión entre ese esfuerzo y el resultado obtenido. Dado que se trata de relaciones entre los particulares y de derechos subjetivos cuya tutela se confía al libre arbitrio y estimación del titular, la disciplina legal del incumplimiento ha de poder ser legítimamente integrada por otros instrumentos realizados por la autonomía privada. Así, lo que las partes, en tales supuestos, toman como condición es un evento, un hecho que coincide casualmente con el incumplimiento, pero no es tal, ya que el incumplimiento es una situación compleja que implica un hecho más un juicio (vid. "Comentario a los artículos 1113 a 1124 del Código civil", en op. cit. , págs. 1018-1019).

[212] No considera CALONGE, totalmente clara tal exposición. El negocio, según el autor, se retrotrae una vez venida a la existencia la cosa (cumplida la condición). Hay, pues, una retroactividad general: el negocio se entiende realizado desde un principio, si bien ciertos efectos se producirán necesariamente *ex nunc* (todos aquellos que se deriven de la cosa en sí, por ejemplo, la propiedad sobre la cosa) y otros *ex tunc* (los relacionados con la obligación del vendedor de entregar la cosa, en los sistemas de *traditio*, y la responsabilidad por evicción). Vid. CALONGE MATELLANES, A., "La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana", en *ADC*, fasc. V, octubre-diciembre 1963, pág. 1121.

[213] Cfr. ALBALADEJO, que establece que si bien, en nuestro Derecho se acepta el principio de la retroactividad, no se acoge sin importantes limitaciones. Además, las partes pueden suprimir, aumentar o excluir la fuerza retroactiva del cumplimiento de la condición (en "Condición, término y modo", en op. cit., págs. 74-75); ÁLVAREZ VIGARAY, considera que la retroactividad no es un efecto esencial del negocio condicional, por lo que las partes pueden descartarla, conviniendo que los efectos del negocio sólo se producirán a partir de la realización del evento (en "Comentario a los artículos 1113 al 1124 del Código civil", en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1991, pág. 87). También DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos...* , tomo II, op. cit., pág. 362), establece que la normativa de la retroacción es dispositiva, no imperativa (art. 1120.1 CC), y por ello, las partes pueden configurarla como quieran. Igualmente BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias por A. Martín Pérez, Comares, Granada, 2000, pág. 472.

contraponiéndola a la impuesta por la voluntad del sujeto, que se califica de condición de hecho o *conditio facti*. En cuanto al concepto de *conditio iuris*, -a tenor del que intrínsecamente no discrepa ésta de la *conditio facti*, sino que se diferencian en la diversa procedencia de una y otra-, parece no existir acuerdo entre la doctrina, porque no todos los autores entienden lo mismo por *conditio iuris*. Por ello, conviene advertir, que para muchos, *conditio iuris* significa requisito exigido por la Ley. Siéndolo, para unos autores, cierto tipo de requisitos, habitualmente, de eficacia. E, incluso, para otros, cualquier requisito legal del negocio, sea de existencia, de validez o de eficacia, sería una *conditio iuris*[214]. Respecto al concepto de *conditio iuris*, considera BETTI[215], que nos encontramos ante circunstancias extrínsecas al negocio que, si no por disposición de parte, sí por mandato legal rigen sus efectos y operan sobre el negocio. Ahora bien, estos presupuestos están ligados al negocio por un nexo objetivo de subordinación jurídica, independientemente de la mención que las partes puedan hacer de él, mientras que la condición establece, en cambio, un vínculo subjetivo y arbitrario entre el negocio y un evento extraño, siendo creación exclusiva de la autonomía de las partes.

La presencia en el Código civil italiano[216] del art. 1472, ha hecho que surja el problema consistente, en saber, si la condición, funcionando como tal la venida a existencia de la cosa futura, es voluntaria o legal. En dicho precepto, se permite la venta de cosa futura, pero se condiciona su eficacia a la venida a existencia de la cosa. No existe posibilidad de elección de las partes contratantes para condicionar el negocio a un hecho que no sea el de la venida a existencia de la cosa[217].

---

[214] Partiendo de que la condición requiere un acto perfecto en la síntesis de sus elementos, al que, por voluntad de las partes, se le añade un nuevo elemento, que delimita su efectividad hasta el cumplimiento –o incumplimiento- de un evento, rechaza BONILLA ENCINA encuadrar, en el concepto de condición a todas aquellas figuras que, resolviendo una titularidad o suspendiendo su eficacia, no cumplan con los requisitos de futuro y evento independiente de la voluntad de quienes crearon la delimitación. Así, , prefiere hablar de acto en formación, como aquél que está por venir, cuya existencia depende del cumplimiento de un presupuesto o requisito indispensable para el mismo acto o, aquel que, siendo válido en principio, exige un sistema de control establecido por la Administración (vid. "Titularidades limitadas. Publicidad registral de las condiciones", en *RCDI*, núm. 490, 1972, págs. 548 y ss.).

[215] BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias por A. Martín Pérez, Comares, Granada, 2000, págs. 451-452.

[216] Art. 1472 del *Codice civile*: Nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l´acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad essistenza. Se oggetto della vendita sono gli alberi o i fruti di un fondo, la proprietà si acquista quando gli alberi sono tagliati o i fruti sono separati. Qualora le parti non abbiano voluto cocludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza.

[217] En este sentido, precisa PERLINGIERI, que mientras la condición voluntaria, típica expresión de la autonomía privada, se muestra como un mecanismo previsto y libremente querido o aceptado, por lo cual, con relación al consentimiento funciona como explícito o implícito presupuesto, y respecto de la eficacia de momento explicativo o impeditivo, la condición legal requerida y querida de un modo inderogable por la ley,

Consideramos que, en nuestro ordenamiento, no aparece, explícitamente, considerada la existencia de la cosa como requisito legal del contrato, sino que, por el contrario, se contempla, generalmente, como uno de los requisitos del contrato, un objeto posible, dentro del cual, se comprenden las cosas futuras. Es por lo que rechazamos la construcción de la compraventa de cosa futura como contrato sometido a una *conditio iuris*[218].

B) Pendencia de la condición suspensiva.

Si bien, no hay acuerdo en la doctrina, sobre si del suceso puesto como condición depende la propia voluntad o el negocio, o, si existiendo el negocio, lo que queda condicionado es la propia producción de efectos; lo cierto es que cuando afirmamos, que al celebrar el negocio condicional existe una voluntad negocial y un negocio, quedando pendiente de la condición los efectos de éste, queremos resaltar que ya hay una declaración de voluntad, que una figura exterior del negocio existe, y que los efectos sólo se producen si se realiza el hecho condicionante[219]. Por lo que la condición suspensiva afecta a la producción de los efectos negociales, no al negocio en sí mismo considerado. El que la condición querida no se realice no puede borrar el hecho de que han existido declaraciones de voluntad negociales, esto es un suceso histórico[220].

---

no funciona de presupuesto del consentimiento, sino solamente de momento explicativo o impeditivo de la eficacia. Efectivamente, el consentimiento, respecto del requisito legal de la eficacia tiene un valor neutro; el que las partes quieran o no que, al verificarse el evento en que se concreta la *conditio iuris*, se produzca o se cancele un determinado efecto es completamente irrelevante. (PERLINGIERI, P., *I negozi su beni futuri*, I. *La compravendita di cosa futura*, Publicación della Facoltà Giuridica dell´Università di Napoli, Ed. Jovene, Nápoles, 1962, págs. 147 y ss).

[218] También CALONGE MATELLANES, A., "La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana", en op. cit., pág. 1123. También en su obra, *La compraventa civil de cosa futura*..., op. cit., págs. 195 y 205.

[219] Respecto a qué cabe entender por condición, téngase en cuenta a ALBALADEJO. Siguiendo a este autor, se llama condición a la limitación puesta por el sujeto a su declaración de voluntad, en virtud de cuya limitación los efectos jurídicos del negocio se hacen depender de un acontecimiento incierto. Con la palabra "condición", se designa no sólo la limitación establecida, sino también el acontecimiento incierto del que se hacen depender los efectos del negocio. El acontecimiento en que consiste la condición: debe ser incierto, de realización insegura, sin que importe que sea más o menos probable. Huelga hablar de futuro, la incertidumbre implica la futuridad. Establecido arbitrariamente, que no se exija por la Ley o por la naturaleza de las cosas, sino que sea puesto, pudiendo no haberlo sido, por el sujeto. La falta de incertidumbre o arbitrariedad impide que sean condiciones una serie de figuras que, sin embargo, se califican de condiciones impropias: las condiciones imposibles (cfr. arts. 792 y 1116 CC); las condiciones necesarias (art. 1125.2 CC); las de presente o pasado (condiciones *in praesens vel in praeteritum collatae* ex. art. 1113 CC). En estos tres casos faltaría la incertidumbre. Y las condiciones legales o condiciones *iuris*, en las que faltaría la arbitrariedad. En este sentido, vid. "Condición, término y modo", ..., op. cit., págs. 48 a 50.

[220] En este último sentido, BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., págs. 446 a 448.

Siguiendo a ALBALADEJO[221], la idea anterior parece ser la que implícita o explícitamente, acoge nuestra doctrina en general, así como nuestra jurisprudencia. En efecto, según el art. 1114 CC, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos (si la condición es resolutoria), dependerán del acontecimiento que constituya la condición. Y teniendo en cuenta que la adquisición o pérdida de los derechos son el efecto del negocio, queda claro que son los efectos, y no aquél, lo que depende de la condición. A pie de página, nos comenta el autor, que se puede decir que sobre la letra de la ley no es posible llegar a una conclusión segura, porque, el artículo 1113 CC, habla de que "será exigible toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto ...". Lo cual entendido literalmente, significaría que de la condición lo que depende no es ni siquiera el efecto del negocio –efecto que consiste en el nacimiento de derechos y obligaciones -, sino simplemente el cumplimiento de la obligación.

De cualquier manera, en ambos artículos, 1113 y 1114 CC, la Ley presupone existente un negocio, y de la condición, no dependen sino los efectos de éste (derechos y obligaciones) o el cumplimiento de estos efectos (obligaciones).

Uno de los principales razones por la que no somos partidarios de configurar la compraventa de un piso en construcción como un negocio sometido a condición suspensiva, funcionando como tal acontecimiento, la venida a existencia de la cosa, es fundamentalmente por los efectos que se producen durante la pendencia suspensiva de la condición.

Dado que en nuestro sistema el contrato, negocio obligatorio, no es en sí mismo traslativo del dominio (aunque sea vehículo o causa para ello), está claro que no es la transmisión de la propiedad lo que queda suspendido por la condición, sino que lo que queda suspendido es el nacimiento del crédito encaminado a la transmisión. Se entiende que en una obligación sometida a condición, no puede decirse que exista un auténtico derecho de crédito. Este punto de vista es el que parece presidir el art. 1114 CC, del cual se deduce que el derecho de crédito no es adquirido por el acreedor hasta que el

[221] ALBALADEJO, M., "Condición, término y modo", op. cit. págs. 51 y 52.

acontecimiento puesto como condición –la venida a existencia de los pisos en construcción-, es realizado. Con anterioridad, el derecho no ha nacido, aún no existe[222].

En la medida en que se configure la venta de cosa futura como un negocio sometido a condición suspensiva, actuando como tal evento condicionante la venida a existencia de la cosa, está claro que, en tanto que ésta no se produzca, nos encontramos dentro de la fase de pendencia de la condición. Por consiguiente, por tener relación con la cosa[223], se hallará suspendida la obligación de entrega (arts. 1462 y ss. CC) y la obligación del vendedor de sanear por evicción o defectos ocultos (arts. 1474 y ss CC). Pero, por no tener relación con la cosa, tendrán plena eficacia la irrevocabilidad, en cuanto consecuencia inmediata de los contratos sinalagmáticos perfectos, entendida como vínculo que surge entre las partes respecto de la observancia del contrato. También aparecen las obligaciones positivas del vendedor de hacer lo posible para que la cosa nazca y la obligación de pagar el precio que pesa sobre el comprador, dado que no es una obligación que esté en relación con la cosa, no quedando impedida por la eventualidad del futuro nacimiento de la misma.

a) Calificación de la situación del comprador.

La construcción condicional de la venta de pisos en construcción presenta, como problema añadido, determinar cuál es la verdadera situación creada por tal negocio, antes de que la condición se cumpla. En particular, surge la necesidad de clarificar cuál es la situación jurídica del comprador, en tanto no se produce la venida a existencia de la edificación, el cumplimiento del evento puesto como condición suspensiva. En este sentido, se le ha considerado titular de un derecho condicional[224], de un derecho eventual[225], de una expectativa de derecho[226]. Además, hay que tener en cuenta que una

[222] En este sentido DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, tomo II, op. cit., pág. 354. También ÁLVAREZ VIGARAY, R., "Comentario a los artículos 1113 al 1124 del Código civil", en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1991, pág. 77.

[223] Sobre este tema vid. ROVIRA JAÉN, F., "La compraventa de cosa futura", en *Estudios de Derecho privado*, vol. 2, 1965, op. cit., págs. 134 a 137; también ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, págs. 269 y ss.

[224] Así, BETTI, estima que el titular de una expectativa suspensivamente condicionada no lo es de ningún derecho actual: sólo es el eventual titular de un derecho futuro. Esta constatación se opone a las tentativas hechas para asignar un contenido actual al derecho condicionado. Ha de tenerse presente que la relación jurídica contemplada no existe aún mientras pende la condición (BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, op. ci., págs. 466-467).

[225] Considera DÍEZ-PICAZO, que dado que en una obligación sometida a condición suspensiva no puede decirse que exista un verdadero derecho de crédito, tal idea nos llevaría a concluir que el acreedor, por carecer de derecho en la fase de pendencia, carece de cualquier tipo de protección jurídica. Sin embargo, la Ley concede al acreedor una determinada protección, en virtud de la cual puede ser considerado como titular

dificultad añadida, en nuestro Derecho, a la hora de dotar de una calificación a la posición jurídica del sujeto que adquirirá, definitivamente, si la condición se cumple, se encuentra en el sistema transmisivo de la propiedad y de los derechos reales establecido por el Código, en base a la llamada teoría del título y el modo. El beneficiario eventual seguirá siendo un acreedor, hasta que se verifique la entrega, real o simbólica. No le basta el consentimiento, sino que necesita la tradición.

Lo cierto es que con independencia del nombre que le demos, el titular de la expectativa o derecho eventual está protegido jurídicamente. Las principales manifestaciones jurídicas son la posibilidad de disponer de esa expectativa o derecho eventual, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa* (arts. 1112 y 1257 CC), así como la protección de la misma para conseguir que no se vea frustrada y, que puedan producirse plenamente los efectos del negocio, si la condición se cumple (arts. 1119 y 1121 CC).

Por un lado, el artículo 1119 CC va dirigido a impedir que el obligado pueda frustrar, con sus conductas, el cumplimiento de la condición, al disponer que, cuando así suceda, la condición se tenga por cumplida. Por otra parte, el art. 1121 CC, concede al acreedor condicional, durante la pendencia, la facultad de ejercitar las acciones procedentes para la conservación de sus derechos. Con ello, el acreedor queda protegido, no sólo contra la actividad del deudor encaminada a impedir el cumplimiento de la

---

de un derecho eventual o titularidad *sub conditione*, que permite explicar el fenómeno de la posible circulación de tales derechos. Vid. *Fundamentos* ..., tomo II, 1996, op cit., pág. 354.

[226] Se discute cuál es la verdadera naturaleza de la situación creada por el negocio, antes de que la condición se cumpla. Para ALBALADEJO, habida cuenta de que el derecho definitivo no se adquirirá sino cuando la condición se cumpla (*cfr*. art. 1114 CC), creemos preferible hablar de que la celebración del negocio crea una expectativa de producción de los efectos de éste, atribuyendo al adquirente eventual una expectativa de adquisición (vid. "Condición, término y modo", op. cit., págs. 68-69). También habla de expectativas, LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., (edición revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ, F.), *Elementos de Derecho civil* II. *Derecho de obligaciones,* vol. I, *parte general. Teoría general del contrato,* Dykinson, Madrid, 2000, pág. 465. También utiliza la expresión "expectativa", para hacer referencia a los efectos incompletos, prodrómicos, previos, menores, preparatorios o preeliminares y para definir la posición en que se encuentra la persona que ha de asumir el lado activo de la relación al cumplirse la condición, ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La retroactividad de la condición", en *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1964, págs. 832-833. Cualquier derecho, sea real o de crédito, puede ser objeto de una expectativa, por lo que se puede hablar de expectativas reales y de expectativas de obligaciones. Entre los casos de expectativa, se encuentran los derechos que derivan de negocios a plazo o bajo condición (vid. VON TUHR, A., *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*. Vol. I[1], *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, trad. Tito Ravá, presentación de la edición por Celestino Pardo, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 188 y ss).

condición, sino igualmente, contra la actividad del deudor que tenga por fin o por resultado impedir el cumplimiento de la obligación, una vez que la condición se realice[227].

b) Acciones conservativas y posibilidad de inscripción registral del negocio condicional.

A primera vista, podemos observar, que el art. 1121 CC, no manifiesta limitación ni excepción alguna, en cuanto a las acciones que puede realizar el acreedor o adquirente bajo condición, por lo que tendrá la posibilidad de ejercitar todas aquellas acciones, incluidas, las extrajudiciales, que tengan como finalidad la conservación del derecho pendiente del cumplimiento de la condición[228]. Los límites a la facultad concedida al acreedor, se encuentran en la naturaleza misma del derecho tutelado. Así, por ejemplo, el titular del derecho de crédito "sub conditione", carece de la facultad de exigir la prestación debida, mientras está pendiente el cumplimiento de la condición; facultad que va acompañada, como medida complementaria, del poder de agresión sobre los bienes del deudor, poder, que en consecuencia, tampoco ostenta el acreedor bajo condición.

---

[227] En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY, R., "Comentario a los artículos 1113 al 1124 del Código civil", op. cit., pág. 89.

[228] Respecto a qué cabe entender por "acciones procedentes para la conservación de su derecho", ex. art. 1121 CC, con estas palabras concede el Código, al titular de la expectativa, la facultad de realizar actos conservativos de su derecho, es decir, de practicar todas las iniciativas judiciales o extrajudiciales que sean necesarias para que, al cumplirse la condición, pueda ejercitarse el derecho con el contenido y eficacia que le correspondan. Al determinar cuáles sean tales actos, pueden utilizarse dos criterios: uno de carácter negativo, que puede formularse diciendo que el acreedor o adquirente bajo condición no puede tomar medida alguna que implique obtener la ejecución actual del derecho, que todavía no existe, o conseguir efectos que se producirán en virtud de la retroactividad. El criterio positivo podría expresarse diciendo que el acreedor o adquirente puede llevar a cabo cualquier acción tendente a constatar su derecho, a conservarlo y a prevenir una conducta de la contraparte que pudiera ocasionar la pérdida, disminución o destrucción de su derecho. Se hace difícil una enumeración de las medidas de conservación que cabe adoptar, puesto que varían según los casos y en relación con la naturaleza de los bienes o derechos que se trate de conservar. Con carácter general los actos de conservación comprenden, además de las medidas que haya que tomar para la conservación material o jurídica del objeto de la prestación, las que se dirijan a impedir que sobrevenga una imposibilidad de cumplirla, y también las acciones que tienen por objeto el mantenimiento de la garantía patrimonial para el caso de incumplimiento imputable. Entre tales actos, se pueden enumerar la confirmación del documento privado en que consta el crédito condicional o el reconocimiento de firma del deudor; solicitar la inscripción del negocio condicional por el cual se transmita un derecho real; solicitar la inscripción de hipoteca que garantiza un crédito condicional; demandar al deudor para que declare la existencia de la relación condicional; ejercitar, mediante la acción subrogatoria, los derechos y acciones del deudor de carácter conservativo; participar en el concurso o la quiebra del deudor. En este sentido vid. ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La retroactividad de la condición", en *ADC*, op. cit., págs. 833-834. Por su parte, BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias por A. Martín Pérez, Comares, Granada, 2000, págs. 467 a 470, estima que la tutela anticipada de la relación condicionada se concreta en una serie de iniciativas procesales con finalidad cautelar en sentido extenso (embargo, denuncia de obra nueva o de daño temido, verificación de escritura), pero comprende también iniciativas extraprocesales de autotutela, coordinadas a la relación (por ejemplo, la prenda). También MONTÉS PENADÉS, V., "Comentario a los artículos 1113 a 1124 del Código civil", en op. cit., págs. 1126 y ss.

No cabe duda, que las medidas de conservación a adoptar por el acreedor o adquirente variarán, necesariamente, según los casos y en relación a la naturaleza de los bienes o derechos que se trate de conservar. Por consiguiente, habrá de tenerse en cuenta, a la hora de admitir la adopción de una u otra, cuál es la situación concreta en la que se encuentra el titular del derecho bajo condición. Tal situación dependerá, fundamentalmente, de si el negocio realizado por las partes produce efectos reales u obligatorios, de si es oneroso o gratuito, de la clase de obligación creada en virtud del negocio (obligación de dar u obligación de hacer) y de los pactos establecidos entre las partes en el programa de prestación[229].

Como quiera que las medidas preventivas a ejercitar por el acreedor o adquirente *sub conditione* son muy diversas, un elenco de las mismas, en un intento de configurar y agrupar las más interesantes, es el que realiza ARIJA SOUTULLO[230], que distingue: a) medidas que tienen como finalidad asegurar la validez y eficacia del título constitutivo de la obligación; b) medidas necesarias para impedir que el deudor condicional deteriore las cosas objeto de la obligación y las dirigidas a evitar que sobrevenga, por cualquier causa, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación; c) medidas que tienen como objeto el mantenimiento de la garantía patrimonial del deudor, para el caso de incumplimiento imputable.

Dentro de las cautelas que permite adoptar el art. 1121 y, concretamente, como medidas que tienen como finalidad asegurar la validez y eficacia del título constitutivo de la obligación, se vienen incluyendo tanto acciones judiciales, como extrajudiciales, tales como elevación del contrato a escritura pública, obtención de copias de la misma, inscripción del derecho condicional en el Registro de la Propiedad. Dado que estamos hablando de la posibilidad de que una compraventa, que recae sobre pisos en construcción, se configure como un negocio sometido a condición suspensiva, y dado que los pisos son bienes inmuebles susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, nos

[229] Se entiende que las acciones conservativas tienen carácter de exclusión, no de ejecución. Así, TORRES DE CRUELLS ("La medida cautelar del artículo 1121 del Código civil", en *ADC*, fasc. II, 1959) considera que cualquier acción que se ejercite por el acreedor condicional debe tender, exclusivamente, a conservar el derecho, rechazando las actividades persecutorias o de ejecución (págs. 1222-1223). No se admitiría el embargo preventivo, por su naturaleza expropiatoria y ejecutiva. Tampoco se podrán decretar actos que impliquen un desapoderamiento de los bienes del obligado para entregarlos físicamente al acreedor, puesto que, por esencia tendrían algo de ejecución. La medida cautelar más adecuada es la del secuestro (págs. 1235 y ss).

[230] Vid. ARIJA SOUTULLO, C., *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Comares, Granada, 2000, págs. 25 y ss.

preguntamos si dentro de las acciones conservativas previstas por el artículo 1121 CC, puede incluirse la inscripción registral de la compraventa de piso en construcción.

Hay que tener en cuenta, que muchos de los remedios que se derivan del art. 1121 CC, están pensados para aquellas relaciones jurídicas condicionales en donde la cosa, objeto del contrato determinante de la relación, existe ya, y resulta indeterminado el titular definitivo del derecho sobre la misma simplemente. Sin embargo, en el caso de la venta de cosa futura, es el derecho mismo el que depende de la condición. En consecuencia, muchos de los actos conservativos no podrán ser traídos a colación, apareciendo debilitada la posición del comprador. Es más, considera ROGEL VIDE[231] que aún cuando la compraventa aparezca instrumentalizada en escritura pública, ésta no tendrá acceso al Registro de la Propiedad, -pese a admitir que cabe la posibilidad de inscribir los pisos en construcción-, ya que ésta no será un título inscribible, pues como la cosa no ha nacido, la obligación de entrega no ha surgido, siendo la posición del comprador meramente obligacional y por lo tanto, la compraventa no se puede inscribir.

Está claro que para poder solicitar la inscripción en el Registro de la Propiedad del negocio condicional, será necesario que la expectativa que genere vaya encaminada a la consolidación de un derecho real[232], es decir, proceda de un negocio dispositivo real condicional. Y la tendrá, si al cumplirse la condición, se transmite, automáticamente, el

[231] Precisión que realiza en su detallado trabajo, ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, op. cit., pág. 281.

[232] En el sistema consensualista italiano de transmisión del dominio, en la medida en que se considera que la compraventa de cosa futura es una venta obligatoria, se rechaza la afirmación de que en la venta inmobiliaria de cosa futura el acto de adquisición sólo podrá transcribirse en el Registro cuando se produzca el nacimiento de la cosa futura, ya que sólo entonces existe el contrato de compraventa y puede hablarse de un derecho de propiedad del comprador sobre la cosa. En efecto, la compraventa de un inmueble futuro, si bien no determina la transmisión de la propiedad sobre el bien al comprador en el mismo momento en que se produce la conclusión del contrato, sin embargo, se considera que tal negocio no constituye un contrato de formación sucesiva, es más, debe configurarse como una venta, desde el inicio, perfecta, en la cual ya ha encontrado expresión la voluntad traslativa de la propiedad que se producirá cuando el inmueble venga a existencia. Entre los argumentos que se esgrimen a favor de su transcripción en el Registro encontramos los siguientes: en caso contrario, desaparecería la certidumbre cuando se contrata sobre cosa futura, es decir, la transcripción permite hacer oponible la adquisición, una vez que el bien vendido venga a existencia, respecto de aquellos que hayan transcrito con posterioridad su título en el Registro. También se apoyan en los artículos 2659 y 2643 del *Codice civile*, que somete a transcripción los negocios condicionados que se refieran a la transmisión de la propiedad o de otro derecho real. Hay que tener en cuenta igualmente el art. 2645-bis, del *Codice*, introducido por la Ley núm. 30, de 28 de febrero de 1997. Dicho precepto regula la transcripción de ciertos contratos preeliminares. Si bien, es indudable que los preeliminares son distintos de la venta obligatoria, sin embargo se podría aplicar por analogía tal precepto, en el supuesto de venta definitiva de un inmueble futuro, que no sea inmediatamente traslativa del derecho por no estar todavía la construcción ultimada en sus elementos esenciales, siempre que junto a la identificación catastral del terreno, se indique la cuota en milésimas del futuro piso expectante del adquirente y la superficie útil de la unidad vendida. En este sentido, RIZZIERI, A., *La vendita obligatoria*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, págs. 139-146.

derecho real al adquirente bajo condición suspensiva, considerándose, entonces, a éste propietario, desde el día de la celebración del negocio dispositivo condicional. Se podrá decir, entonces, que la condición influye, directamente, en los efectos del negocio y, en consecuencia, que tiene trascendencia real; si esto no es así, y al cumplirse la condición, sólo se produce una obligación de transmitir el derecho real, el negocio no será inscribible, al sólo surtir efectos obligacionales.

De acuerdo con nuestro sistema, los derechos reales se adquieren por el juego de la teoría del título y el modo, lo que nos lleva a plantearnos, si estando la venta de piso en construcción recogida en escritura pública, se podría entender, que lo que queda sujeto a condición, no es el nacimiento o exigibilidad del derecho de crédito, que faculta al comprador para exigir el cumplimiento de la obligación de entrega que recae sobre el vendedor, sino el derecho real de propiedad que surge cuando, dándose ciertos requisitos respecto de la determinación e identificación del objeto, se instrumentaliza la compraventa en escritura pública.

c) Limitaciones que presenta configuración de la compraventa de pisos en construcción como negocio obligacional condicional.

Partiendo de la consideración de que la compraventa de piso en construcción es una compraventa sometida a condición suspensiva, siendo tal evento la futura realización del edificio, hemos visto, como la situación del comprador se configura considerándolo titular de una expectativa o derecho eventual, si bien, en la medida en que nos hemos movido exclusivamente en el ámbito contractual, y dado que se trata de un negocio obligacional, la expectativa que genera es igualmente obligacional, de lo que se desprende, por un lado, y desde el punto de vista de las acciones conservativas que puede ejercitar para tutelar tal expectativa, éstas no incluyen la posibilidad de obtener reflejo de su situación en el Registro de la Propiedad, pues tal reflejo viene impedido por la propia calificación obligacional del negocio, y por ende, del derecho al que tiende, que es el derecho de crédito a exigir el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor.

Por otro lado, y aun cuando se parte de la irretroactividad de la condición suspensiva en tal supuesto, lo cierto, es que en los negocios obligacionales, la retroactividad, en caso de que se produzca la condición, es meramente obligacional y no real, luego carece de eficacia respecto de cualquier tercero. Todos los problemas que se

generan respecto del comprador de un piso en construcción, se derivan de la falta de eficacia de su expectativa personal respecto de terceros. Siendo estos terceros, fundamentalmente los acreedores del promotor-vendedor así como los subadquirentes que traigan causa de ese mismo vendedor.

Hasta ahora hemos enfocado la naturaleza del contrato de compraventa sobre piso en construcción teniendo en cuenta que no había existido ningún tipo de tradición, es decir, nos encontrábamos ante un contrato privado traslativo del dominio sin más. Ahora bien, en la medida en que se explican los efectos de la retroactividad de la condición suspensiva distinguiendo entre negocios dispositivos de eficacia real y negocios de obligación, nos planteamos si sería posible configurar los negocios que recaen sobre edificios en construcción como negocios dispositivos con eficacia real condicional.

d) La retroactividad de los efectos de la condición suspensiva en las obligaciones de dar.

La única razón para configurar la compraventa de un piso en construcción como una venta sometida a condición suspensiva, sería poder admitir la retroactividad de los efectos de la condición, especialmente, respecto de terceros. Sin embargo, los defensores de la venta condicional de cosa futura, entienden, que la adquisición de ésta por parte del comprador, y todos los efectos definitivos de la venta, se realizan *ex nunc*, y no retroactivamente, esto es, remontándose al momento de la conclusión.

El Código civil, recoge en el artículo 1120 CC, si bien, con ciertas limitaciones, el principio de retroactividad[233] de la condición, así, establece que "los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla". Este principio tiene como finalidad tratar de impedir que las

[233] "Retroacción" no significa pasar de la nada al todo, en la condición suspensiva (o del todo a la nada, en la condición resolutoria), sino pasar de una fase a otra de la relación jurídica. Desde esta perspectiva, puede decirse que cuando se habla de efecto retroactivo, se está indicando que se trasladan o se refieren al momento constitutivo de la relación los efectos previsto para la fase de plenitud de eficacia, que derivan, sin embargo, de un hecho que acontece en un momento temporal distinto. En otras palabras, consistiría en encontrar un mecanismo a través del cual sea factible obtener una realidad jurídica, en la medida de lo posible, igual a la que se hubiera producido en caso de que la incertidumbre no hubiese hecho necesario el recurso al mecanismo condicional, por lo que, en definitiva, se trata de borrar o anular todo aquello que se haya producido en el estado de pendencia, y sea contradictorio con la realidad que se persigue. En definitiva, considera MONTÉS PENADÉS, que el principio de retroactividad trata de impedir que las mutaciones sobrevenidas en el estado de cosas contemplado en el momento de la conclusión del contrato, dificulten o hagan imposible la previsión establecida para el supuesto de que se cumpla la condición. Vid. "Comentario a los artículos 1113 a 1124 del Código civil", en op. cit., págs. 1098 y ss.

mutaciones sobrevenidas, en el estado de cosas contemplado en el momento de la conclusión del contrato, dificulten o hagan imposible, la previsión establecida para el supuesto en el que su cumpla la condición y, puede operar de distintas formas, en función de la naturaleza de la obligación e, incluso, no producirse por voluntad de las partes, al ser el art. 1120 CC, una norma dispositiva.

El efecto retroactivo puede ser conseguido, bien a través de un mecanismo automático, que de algún modo borre o haga desaparecer, sin más, lo previsto como consecuencia del cumplimiento de la condición; o bien, puede conseguirse estableciendo el deber u obligación a las partes, de realizar lo procedente para que, haciendo desaparecer los obstáculos o impedimentos que puedan haber surgido en el ínterin, se alcance la plenitud de los efectos previstos para la relación tal y como quedará cuando la condición se cumpla. De ahí que se hable de una retroactividad real, esto es, automática, que no requiere colaboración alguna por parte de los interesados, y de una retroactividad obligatoria[234].

Como no siempre es posible hacer desaparecer las mutaciones que la propia realidad puede haber impuesto, ni es posible, proceder de la misma manera ante situaciones jurídicas dispares, como ocurre, en los casos distintos entre sí, de una relación obligatoria o de una disposición con efectos reales, se habla también, con sentido diverso al anteriormente empleado, de una retroacción obligatoria, porque afecta a relaciones de esta naturaleza; y de una retroacción real, que trata de hacer desaparecer disposiciones reales efectuadas en el entretiempo.

En materia de obligaciones de dar, especialmente, cuando su función consiste en un *dare* traslativo, la llamada retroactividad, plantea dos tipos de problemas: la fijación del

[234] También ÁLVAREZ VIGARAY, en razón a la intensidad de sus efectos, divide la retroactividad en real y obligatoria. Se dice que la retroactividad es real cuando al cumplirse la condición, las partes se encuentran, sin más, en la misma situación jurídica en que estarían si la condición hubiese existido al tiempo de la celebración del negocio. La retroactividad es obligatoria, cuando con el cumplimiento de la condición las partes quedan obligadas a colocarse recíprocamente en la situación en que les correspondería estar en dicho supuesto. La retroactividad real supone la absorción y sustitución plena de los efectos provisionales y, en general, de la situación de pendencia por los efectos definitivos del negocio, que se consideran producidos desde el primer momento. Así, por ejemplo se entiende que el adquirente bajo condición suspensiva, ha sido propietario desde que se realizó la disposición condicional y el enajenante dejó de serlo desde ese momento. La retroacción obligatoria mantiene válido y eficaz todo lo ocurrido *pendente conditione*, pero las partes quedan obligadas a colocarse en la situación creada por el advenimiento de la condición. Al adquirente, bajo condición suspensiva hay que transmitirle efectivamente la propiedad de la cosa para que pueda ostentar la propiedad sobre ella pues el mero cumplimiento de la condición no le hace propietario. Los negocios de obligación condicional sólo pueden estar dotados de retroactividad obligatoria (Vid. "La retroactividad de la condición", en *ADC*, op. cit., págs. 839 y ss.). También DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 8ª ed. revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, reimpresión 2000, pág. 99.

momento en que se produce el efecto traslativo y el régimen de los actos dispositivos realizados durante la fase intermedia por el deudor, como titular interino, sobre las cosas debidas.

A la hora de determinar el momento de eficacia traslativa, lo que el artículo 1120 CC establece para las obligaciones condicionales de dar, es un punto de referencia en la fecha o momento de conclusión del contrato, pero, no está fijando el momento transmisivo, que viene determinado por el momento en que se produce la tradición traslativa del dominio, debiendo poner en relación el precepto citado con los arts. 609 y 1095 CC.

En principio, al relacionar los preceptos implicados, podría parecer que en los negocios condicionales, no ha de hacerse la tradición hasta que no se haya cumplido la condición, lo cual, implica la afirmación de que en las legislaciones, en las que se exige la tradición, no existen negocios de disposición condicionales, luego, no hay verdadera retroacción respecto de terceros y, el acreedor sólo adquiere el derecho real sobre la cosa, desde el momento en que se produce la entrega[235].

Si este criterio fuera aceptado, resultaría que la retroactividad del cumplimiento de la condición sería siempre de efectos obligatorios y nunca tendría lugar la retroactividad real. Contra lo anterior, afirma ÁLVAREZ VIGARAY[236] que, como en nuestro Derecho, el negocio dispositivo de eficacia real resulta de la conjunción de un negocio obligatorio y de la tradición, siempre que, en virtud de un negocio sometido a condición, se haya efectuado con igual carácter condicionado la tradición, existirá un negocio dispositivo de eficacia real condicional. En nuestra legislación, tenemos el pacto de reserva de dominio en la compraventa, que es un supuesto de tradición sometida a condición suspensiva del pago de la totalidad del precio. Vamos a ver cómo cabría solucionar este problema cuando de la venta de un piso en construcción se trata.

Si se sostiene[237] que el carácter futuro de los pisos en construcción excluye el efecto traslativo que se deriva de la tradición instrumental del art. 1462 CC, esto implica

---

[235] Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial (Las relaciones obligatorias)*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, pág. 363.

[236] Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, R., "Comentario a los artículos 1113 al 1124 del Código civil", en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1991, pág. 88; del mismo autor, "La retroactividad de la condición", en *ADC*, op. cit., pág. 842.

[237] NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 291 y ss. y "Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 1994", en *CCJC*, op. cit., págs. 1048-1049; ROVIRA JAÉN, F., "La compraventa de cosa futura", en op. cit., págs. 147 y ss.; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Mª. D.,

que, aun cuando el negocio de compraventa se recoja en escritura pública, ésta no produce el efecto traditorio ni siquiera con carácter suspensivo. Es por ello, que tras la finalización de la obra, será necesario, en todo caso, proceder a la entrega de lo construido, mediante un acto posterior, distinto del previo otorgamiento de la escritura pública, para transmitir, entonces, la propiedad una vez que el objeto tenga existencia presente. En este caso, nada nos resuelve, respecto de la transmisión del dominio, el principio de retroactividad de la condición suspensiva, pues, no habiéndose efectuado la *traditio*, la existencia de la condición sólo produce meros efectos obligatorios y el negocio no será inscribible al no tener trascendencia real. Es claro, que producida la entrega, las acciones reales también nacerán para el adquirente. Ahora bien, nacerán con efectos retroactivos, no ya al momento de celebración del contrato, sino al momento en que la entrega estuviera prevista.

Si, por el contrario, se admite[238] que no será necesario ningún nuevo acto de entrega y será suficiente para la transmisión de la propiedad con la escritura pública inicial, de tal forma, que la escritura pública puede tener una eficacia transmisiva diferida, hasta el cumplimiento de la condición, puede decirse que la existencia de la condición tiene plenos efectos reales. En la medida en que el adquirente bajo condición inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, le será al transmitente difícil obstaculizar o dificultar la plenitud de eficacia de la transmisión mediante el ejercicio de actos dominicales o la constitución de derechos reales a favor de terceros. Si tal hiciera, no podría haber terceros de buena fe que pudieran quedar eventualmente protegidos.

Así pues, en los negocios dispositivos de eficacia real o relaciones jurídico-reales, son consecuencias, entre otras, de la retroactividad de la condición: la ineficacia de los actos de disposición realizados durante la pendencia por la persona que conserva el poder dispositivo sobre la cosa. Ahora bien, la eficacia de la retroactividad de la condición frente a terceros sufre limitaciones, que derivan de las normas que protegen la buena fe de aquéllos. Por lo que se refiere a los bienes inmuebles, la retroactividad real del cumplimiento de la condición carece de eficacia frente a los terceros adquirentes de buena fe y título oneroso (arts. 34 y 37 LH), que hayan inscrito su derecho en el Registro de la

---

Garantías del constructor: el crédito refaccionario, op. cit., pág. 385; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Mª. D., "Permuta de parcela por pisos y locales a construir (comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996)", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 21, 1996, pág. 239.

[238] Es el caso de ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pág. 307; LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir", en op. cit., pág. 306; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, págs. 353 a 356.

Propiedad, siempre que en éste no conste la existencia del acto dispositivo condicional. También se produce la consolidación de los actos de disposición realizados durante la pendencia por el titular del derecho condicional.

Por el contrario, en los negocio obligacionales condicionales, las consecuencias de la retroactividad son, en lo que a nosotros nos interesa, que si durante la pendencia de la condición el vendedor-deudor realizó actos de disposición sobre la cosa, éste deberá indemnizar al acreedor, cuando no sea posible la restitución.

Es decir, la verdadera retroactividad de la condición se produce en los supuestos en los que el adquirente condicional tiene a su favor un título completo, esto es, título más modo. En otras palabras, la cosa en su poder, real o simbólicamente. Cuando no se ha entregado la cosa o no ha existido *traditio* traslativa, la retroactividad tiene efectos obligatorios, opera sobre la obligación de entrega, no sobre el dominio. De ahí que si el transmitente dispuso y entregó la cosa a un tercero, que conocía la existencia de la condición, la acción de recuperación que pueda ejercitar el adquirente condicional, no debería ser una acción real, sino una acción rescisoria que se convertiría, en su caso, en una acción de resarcimiento.

C) Configuración de la compraventa de piso en construcción como un negocio jurídico con eficacia real condicional.

Puestos a buscar garantías, que preservarían tanto la situación del comprador como la del vendedor, que seguiría siendo propietario, se trata de determinar si sería posible, para reforzar la situación en la que queda el comprador en documento privado de un piso proyectado o en construcción, -como titular de un derecho de crédito frente al vendedor o de una simple expectativa a tal derecho obligacional-, que el otorgamiento de la escritura publica de compraventa del piso futuro se realizara desde el inicio, de forma que sirva como tradición instrumental para la transmisión de la propiedad del mismo, si bien con carácter suspensivo,-generando mientras tanto una expectativa real susceptible de reflejo registral-, hasta que se culmine la construcción; es decir, se trataría de una tradición diferida que producirá sus efectos una vez que se ha concluido la construcción de los pisos, de esta manera, desde el momento en que se certifica la obra por el arquitecto, se entendería producida la condición con retroactividad real, gracias a la inscripción registral de tal negocio dispositivo con eficacia real condicional. El evento configurado como

condición suspensiva, sería el exacto cumplimiento de una de las conductas prestacionales, esto es, la completa realización de la edificación por parte del vendedor, como paso previo y necesario para proceder a su entrega.

Que el Registro de la Propiedad proteja derechos reales potenciales, no definitivamente consolidados, pero sí definidos sobre la cosa[239], no implica una desnaturalización y desviación de la misión específica del Registro, destinado a la protección de los plenos derechos reales, 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.

Un posible argumento a la posibilidad de configurar la compraventa de cosa futura como negocio dispositivo con eficacia real condicional, es decir, una razón en pro de la necesidad de anticipar el otorgamiento de la escritura pública, aunque, quede condicionada

[239] Hay que decir que el Registro no sólo constata titularidades jurídico-reales definitivas, también 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. Y entre los supuestos en que se admite la constancia registral de derechos que afectan a cosas que no tienen todavía existencia actual total, pero que están en formación tienden a ella, destacan por su concreta conexión con la edificación las siguientes: a) la inscripción del derecho de superficie, y el derecho de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o bajo el suelo (art. 16 RH); b) la hipoteca de pisos en construcción, del art. 107.11 LH. Esta hipoteca, frecuentísima en la práctica diaria, por facilitar tanto la financiación de la construcción como la venta de pisos de la misma. Con ella resulta que se inscribe en el Registro un acto dispositivo sobre un piso en construcción, sin existencia actual. No se ve razón entonces para negar la inscripción de otro acto dispositivo como la venta, salvo el argumento meramente técnico de que la hipoteca es un derecho de constitución registral y carente de contacto posesorio con la cosa. La finalidad perseguida es una garantía, y resulta curioso destacar que personas tan sensibilizadas en esta materia, como las instituciones de crédito, utilizan frecuentemente esta hipoteca, sabiendo que aparte de otras seguridades (como las entregas parciales de dinero, a medida de las certificaciones de obra), en el supuesto límite de que la obra fracase y el piso no llegue a construirse, siempre queda como objeto gravado el solar y la parte de obra ya realizada. Idéntica garantía debería proporcionarse al comprador; c) según el art. 23.1 LPH, se extingue el régimen de propiedad horizontal por la destrucción del edificio, salvo pacto en contrario. De producirse tal evento y tener los propietarios la intención de reconstruirlo conforme al proyecto definitivo, resultará que tal régimen subsistirá registralmente y producirá sus efectos propios en este campo sobre la base exclusivamente del solar, pero en razón de la vocación o vinculación de éste al edificio en vías de reconstrucción, que posibilitará nuevamente la situación de horizontalidad plena y perfecta; d) la inscripción de un derecho que no tiene la consideración de derecho real, como el derecho de retorno establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique, momento desde el cual perjudica a los posibles terceros adquirentes de la finca (art. 15 RH); e) existen otros casos en nuestra legislación en que también se produce esta separación entre la titularidad real y su objeto todavía en formación, como el art. 546.3 CC, (las servidumbres se extinguen cuando los predios vengan a tal estado que la servidumbre no pueda utilizarse, pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella...) y el art. 1626 CC (que se refiere a la extinción del censo si se pierde la finca gravada, y la posibilidad de que estando asegurada al finca, el censatario quiera invertirlo en reedificarla. En este sentido vid. GARCÍA-ARANGO DÍAZ SAAVEDRA, C., "La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción", en *RCDI*, núm. 551, julio-agosto1982, págs. 942 a 944.

la adquisición de una titularidad real plena, al cumplimiento de la obligación de construir el piso, sería que, el comprador podría formalizar, públicamente, su situación desde el principio, inscribir su expectativa real condicional en el Registro, obtener protección *erga omnes* e, incluso, enajenar válidamente su situación no firme.

Para que la configuración anterior tenga lugar, es necesario que el título del adquirente esté completo, cuando se produce el evento condicionante. Si falta el modo, la obligación de entrega surge, con plenitud de efectos, pero la lectura combinada de los artículos 1120, 609 y 1095 CC, nos ha de llevar a la conclusión de que el único efecto que no deriva de la existencia de la condición es, precisamente, la transmisión dominical. Surgen todas las acciones protectoras del crédito respecto de la cosa, pero hay que esperar a la entrega para que surjan las acciones reales[240].

La cuestión, en última instancia, estriba en dilucidar si se aplica o no, en estos casos, el art. 1120 CC relativo a las obligaciones condicionales, esto es, si se da o no la completa retroactividad de los efectos, a la fecha de la celebración negocio constitutivo del derecho real condicional. Como objeción, se puede alegar, el carácter ficticio de la retroactividad, especialmente, en los casos en que el carácter real del derecho imponga la posesión para la retroactividad respecto de terceros. A favor, sin embargo, puede alegarse que, según la doctrina[241], los derechos reales condicionales tienen acceso como tales, al Registro de la Propiedad, ganan prioridad desde la fecha de su inscripción, haciéndose constar el cumplimiento de la condición por nota marginal, lo que no tendría sentido si no se les fuera a dotar de aquella retroactividad.

D) Un negocio con eficacia real suspendida: La compraventa de bienes inmuebles sometida a pacto de reserva de dominio.

La reserva de dominio ha sido contemplada como una condición suspensiva, de la que depende, no la validez de la compraventa a plazos, sino la eficacia de la *traditio* efectuada. Frente a la postura anterior, se argumentó que el pacto de reserva de dominio constituye un derecho real de garantía a favor del vendedor equiparable a la prenda sin

[240] Vid. MONTÉS PENADÉS, V., "Comentario a los artículos 1113 a 1124 del Código civil", en op. cit., pág. 1114.

[241] Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial (Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad, la posesión)*, tomo III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 863-864.

desplazamiento[242]. Recientemente ha hallado eco la configuración de la cláusula de reserva de dominio, en especial cuando se pacta en compraventa de inmuebles, como una condición resolutoria que se cumplirá en caso de impago del precio. Así, la propiedad de la cosa vendida se traslada al comprador según las reglas generales que presiden la *traditio* en nuestro Derecho; si el comprador no cumple, se resuelve la titularidad que puede recuperar el vendedor[243].

a) Su construcción jurídica.

La entrega de la cosa, que en sí es el simple hecho del desplazamiento de la posesión, al ir acompañada de los demás requisitos de la tradición, entre ellos, la persistencia del dominio en el transferente y la intención de las partes de transmitir y adquirir (*causa traditionis*), produce el efecto de transmitir la propiedad de la cosa entregada. Este sistema de adquisición del dominio y los derechos reales, que es conocido como teoría del título y el modo, es el seguido por nuestro Ordenamiento jurídico. Pues bien, aunque lo normal es que concurriendo los dos presupuestos de la teoría –el título y la tradición o entrega-, se produzca la transmisión del dominio, excepcionalmente y por virtud de pacto expreso, puede acordarse que la entrega no transmita la propiedad al comprador. Surge así la compraventa con reserva de dominio, en la que se hace depender del cumplimiento de una condición la adquisición de la propiedad por el comprador sobre la cosa objeto del contrato. El pacto de reserva de dominio funciona como un derecho de garantía, reservándose el vendedor la propiedad de la cosa vendida hasta el íntegro pago del precio.

---

[242] Hay que destacar la postura de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La cláusula de reserva de dominio*, Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1971, págs. 43 y ss.; también "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983", (Reserva de dominio. Documento privado. Embargo de bienes inmuebles por acreedor del vendedor. Comprador no legitimado para tercería de dominio), en *CCJC*, núm. 3, septiembre-diciembre 1983, págs. 873-879; igualmente "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989", (Reserva de dominio. Embargo de bienes inmuebles por acreedor vendedor. Tercería de dominio. Legitimación de los compradores para ejercitarla), *CCJC*, núm. 20, abril-agosto 1989, pág. 580. Para el autor conceder a la reserva de dominio la eficacia de suspender la transmisión de la propiedad del bien vendido, supera los efectos necesarios para que aquélla cumpla su función, que no es otra que garantizar el pago de la parte de precio aplazado. Propone equiparar la reserva de dominio a un derecho de prenda sobre el bien vendido al comprador, sometida a condición resolutoria del impago del precio aplazado. En el mismo sentido, CUESTA RUTE, J. M., "Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador", *La Ley*, 1982-4, pág. 326; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con reserva de dominio*, Valencia, 1994, págs. 127 y ss.

[243] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo III, op. cit., pág. 786; CASAS VALLÉS, R., "La reserva de dominio en la venta de inmuebles", en *RJC*, 1986, pág. 607; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 395 y ss. REAL PEREZ, A., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1993" (reserva de dominio, tercería de dominio a favor del comprador), en *CCJC*, núm. 33, septiembre-diciembre 1993, págs. 903 y ss.

La doctrina y la jurisprudencia que se han enfrentado con cláusulas de reserva de dominio, en tanto que pactos contractuales y, por tanto, como ingredientes de una relación jurídico-obligatoria, las han considerado como válidas y lícitas al amparo del art. 1255 CC, por cuanto no se oponen ni a la Ley, ni a la moral ni al orden público. Ahora bien, en la medida en que la reserva de dominio aparece como una modificación convencional del sistema de transmisión legalmente previsto de la propiedad y demás derechos reales, el problema no aparece por la eficacia ínter partes del tal previsión negocial, sino en su eficacia (oponibilidad) frente a terceros, fundamentalmente, los acreedores del comprador, los acreedores del vendedor y los subadquirentes que traigan causa de los mismos[244].

La concepción de la reserva de dominio como condición suspensiva de la transmisión de la propiedad a favor del comprador es la que acoge el Fuero Nuevo de Navarra[245], la mayoría de la doctrina[246] y es la seguida por el Tribunal Supremo[247], en especial, en aquellas sentencias en que ha venido a confirmar las tercerías de dominio interpuestas por vendedores con reserva de dominio para levantar embargos por deudas del comprador.

---

[244] En la actualidad, en materia de ventas de bienes muebles a plazos, el problema se regula en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (artículos 7.10º y 15.1), que prevén la inscripción de los contratos de venta a plazos y de las reservas de dominio para que sean oponibles a terceros. Téngase en cuenta la Disposición Adicional Única del RD 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones de la Contratación, por el que se crea el Registro de Bienes Muebles, compuesto de distintas secciones.

[245] La ley 483-1, del FNN, dispone: por 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 queda 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. A lo que hay que añadir la ley 565 FNN, que establece que aunque no hubiere pacto de reserva de dominio en la compraventa, mientras el comprador no pague el precio, la transmisión del dominio se presumirá sometida a condición suspensiva.

[246] CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, 4ª edición actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 407 y ss.; AMORÓS GUARDIOLA, M., "El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles", en *RCDI*, 1972, págs. 9-41; ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 363 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., (edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA y RAMS ALBESA), *Elementos de Derecho civil*, III bis), *Derecho inmobiliario registral*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 82; EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., "Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la sentencia de 19 de mayo de 1989)", en *RCDI*, 1991, págs. 18 y ss. BLASCO GASCÓ, F., *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (aspectos doctrinales y jurisprudenciales*), Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 110 y ss. ARIJA SOUTULLO, C., *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, op. cit., págs. 62 y ss.

[247] SSTS de 10 de junio de 1958 (RJ 2142), 23 de enero de 1973 (RJ 500), 13 de mayo de 1982 (RJ 3166), 19 de octubre de 1982 (RJ 5563), 11 de julio de 1983 (RJ 4208), 28 de febrero de 1986 (RJ 939), 19 de mayo de 1989 (RJ 3778), 12 de febrero de 1993 (RJ 1794), 7 de octubre de 1995 (RJ 7205), 12 de julio de 1996 (RJ 5886).

b) Legitimación del comprador, titular de un derecho eventual o expectativa real para ejercitar la tercería de dominio.

Entre la venta sometida a reserva de dominio, funcionando el pago del precio como una condición suspensiva, y la venta de un inmueble en construcción, configurando la terminación de la construcción como condición suspensiva, en caso de que se produjera el embargo de dichos elementos constructivos por acreedores del vendedor, los factores de la controversia serían equivalentes. En ambos caos, se trata, siempre, de un comprador, con un derecho indiscutido a la entrega de la cosa –y en su caso, a la posesión-, derecho que, no ha sido resuelto y, cuyo iter transmisivo parece no haberse completado, que se ve sorprendido por la traba del bien, producida por la existencia de hechos, respecto de los cuales, él es un tercero, y que no han sido ocasionados por una hipotética irregularidad en el cumplimiento de sus obligaciones como comprador.

Ante semejante situación, se trata de determinar si, entre las medidas dirigidas a evitar que sobrevenga la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, durante la situación de pendencia de la condición, cabe la posibilidad de que el comprador, titular de una expectativa real, pueda interponer una tercería de dominio, en caso de embargo, frente a los acreedores de su vendedor.

Encontramos algunos supuestos, en que tanto la doctrina[248] como la jurisprudencia[249], han considerado que el comprador, aun no siendo dueño, puede ejercitar

---

[248] Cfr. SOTO NIETO, F., *Derecho vivo*, tomo II, Madrid, 1971, pág. 481; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988, pág. 128; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997, pág. 70.

[249] Así, en el caso de la STS de 19 de mayo de 1989 (RJ 3778), -vid. su comentario por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, en *CCJC*, núm. 20, abril-agosto 1989, págs.571-581-, en la que los compradores-demandantes adquirieron mediante documentos privados de compraventa 21 pisos de una inmobiliaria, estipulándose en todos que el vendedor se reservaba el dominio en tanto el comprador no hubiese satisfecho la totalidad del precio pactado. Los compradores tomaron posesión, habitaron los pisos y fueron pagando puntualmente los plazos adeudados. En tales circunstancias, se promueve juicio ejecutivo contra la inmobiliaria en el que fueron embargados los mencionados pisos, como propiedad de la entidad deudora, que además figuraban registralmente a su nombre. Ante este hecho, los compradores ejercitaron tercería de dominio. El TS tras afirmar que el pacto de reserva de dominio actúa como condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada, dice que "en Derecho no se puede utilizar la reducción al absurdo y es un absurdo pretender que el adquirente con reserva de dominio que cumple con sus obligaciones pueda ser privado del bien por terceros acreedores del vendedor, y ello, no sólo porque lo impediría elementales razones de equidad (art. 3.2 CC), y los principios generales y normas de la contratación (arts. 1255 y 1256 CC), sino también, y sobre todo, porque el ordenamiento jurídico le brinda para tales supuestos, los adecuados medios de defensa, cuando el artículo 1121 CC establece que "el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho", lo que le legitima para ejercitar la tercería de dominio [...], sin perjuicio de que los acreedores del vendedor puedan trabar embargo sobre el crédito que éste ostenta contra el comprador por la parte de

una tercería de dominio, frente al embargo del bien trabado por los acreedores de su vendedor, pese a que, se tiene la reserva de dominio por condición suspensiva de la transmisión de la propiedad. Respecto a los argumentos de por qué el comprador, si no es tenido por propietario, se encuentra legitimado para ejercitar con éxito una tercería de dominio, se pueden destacar los siguientes:

a) Los acreedores del vendedor no pueden pretender, en la búsqueda de garantías que salvaguarden la eficacia de sus créditos, el embargo y la persecución de la cosa, ya que el vendedor perdió la disponibilidad de la misma. El embargo que se solicite, no deberá sobrepasar los derechos que asisten al ejecutado sobre el objeto, es decir, ese hilo de garantía que la reserva de dominio entraña; en puridad, la traba que se decrete debe ceñirse a los créditos que ostente el vendedor por razón de las fracciones del precio que sigan adeudándose, así como por los intereses[250].

b) La eficacia retroactiva del negocio transmisivo (una vez producida la condición suspensiva a que dicha eficacia estaba sometida), al momento en que el negocio quedó perfeccionado (art. 1120 CC), y la existencia de una situación jurídica de pendencia, en la que las titularidades provisionales deben salvaguardar la titularidad definitiva (del comprador que cumplió y pagó en su totalidad el precio aplazado), determinan la invalidez de todas aquellas actuaciones que pongan en cuestión, total o parcialmente, esta última titularidad[251].

c) Mientras está pendiente la condición[252], esto es, mientras el comprador no pague el precio íntegro, ni el vendedor ni el comprador tienen la plena disponibilidad del bien, y si el vendedor dispone de la cosa a favor de tercero o se ve forzado a ello, en virtud de un procedimiento de apremio seguido contra el mismo por sus acreedores, el comprador, que

---

precio cuyos plazos aún quedan por vencer, pero no sobre la cosa vendida". En el mismo sentido la STS de 16 de julio de 1993 (RJ 6450), comentada por REAL PÉREZ, en *CCJC*, núm.33, septiembre-diciembre 1993, págs. 903-921. Parece apartarse de la anterior, en la medida en que termina hablando de un "dominio resoluble", del comprador. También la STS de 23 de febrero de 1995 (RJ 1701), declarando en un momento dado que no había reserva de dominio sino "reserva bilateral de disposición bilateral". También la STS de 3 de julio de 1996 (RJ 5555), y 6 de febrero de 1992 (RJ 832).

[250] SOTO NIETO, F., *Derecho vivo*, tomo II, Madrid, 1971, pág. 481; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988, pág. 128; MONTÉS PENADÉS, V., "Comentario a los artículos 1113 a 1124 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1º, dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1989, págs. 1130-1131.

[251] Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a la STS de 11 de julio de 1983", en *CCJC*, op. cit., pág. 878.

[252] Partidario de que el comprador ejercite la tercería de dominio, como medida de conservación de su derecho, durante la pendencia de la condición, BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989", *CCJC*, op. cit., pág. 581.

viene realizando todos los actos a que está obligado para que la condición pueda cumplirse, no puede quedar inerme e indefenso, sino que, conforme al artículo 1121 CC, puede ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho, y el único medio de que dispone, en caso de embargo de la cosa, es la acción de tercería de dominio[253].

Con independencia de que, según se ha señalado, quepa concebir la reserva de dominio como derecho de garantía o como condición resolutoria, de manera que corresponde el dominio al comprador desde la entrega, también si se considera que la propiedad permanece en el vendedor, existen argumentos para proteger al comprador.

Y tales argumentos, -que en nuestra opinión deberían poder ser esgrimidos por aquellos que defienden el carácter condicional de la compraventa de pisos en construcción como cosa futura, especialmente si tal negocio, se recogiese, desde el inicio, en escritura pública, generando un negocio con eficacia real condicional, similar a la venta de inmuebles con reserva de dominio-, pasan por considerar que el comprador condicional tiene una expectativa o un derecho eventual de naturaleza real, transmisible, de efecto retroactivo al cumplimiento de la condición, que faculta para ejercitar las acciones que estime conducentes a conservarlo y que, consecuentemente resulta inscribible en el Registro de la Propiedad.

Así, para evitar que la adquisición de una vivienda en construcción sea una aventura de riesgo, cualquier medida que se adopte, pasa por la necesidad de admitir que, el derecho a la entrega de un piso que ostenta el acreedor-adquirente, encuentre reflejo registral. De esta manera, todos los posibles interesados podrían conocer la existencia de personas que tienen derecho a la entrega de los mismos. Conocida su existencia, si dichos bienes resultaran embargados, cabría proponer que los compradores sobre plano pudieran oponerse[254] al embargo *ex*. art. 593 LEC, tras la presentación de un documento de fecha

[253] En contra, ÁLVAREZ VIGARAY, R., "Comentario a los artículos 1113 al 1124 del Código civil", en op. cit., pág. 91.

[254] Según el art. 593 LEC, cuando por percepción directa o por manifestaciones del ejecutado o de otras personas, el tribunal tuviera motivos racionales para entender que los bienes que se propone trabar, pueden pertenecer a un tercero, ordenará mediante providencia, que se le haga saber la inminencia de la traba. Si el tercero se opusiere razonadamente al embargo aportando los documentos que justifiquen su derecho, el tribunal, oídas las partes, resolverá lo que proceda. Para evitar el embargo de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, el tercero deberá acreditar ser titular registral, mediante la correspondiente certificación del registrador, salvo que el bien, de cuyo embargo se trate, sea su vivienda familiar y éste presentare al tribunal documento privado que justifique su adquisición. Aunque puede resultar tentador considerar que este precepto puede ser aplicado a la vivienda en construcción, creemos que no lo es, porque el mismo se está refiriendo a la "vivienda familiar", esto es, al lugar efectivo de residencia familiar;

fehaciente o, solicitar su alzamiento en el juicio de tercería *ex.* art. 595.2 LEC, alegando su derecho a la entrega de la cosa[255], sin perjuicio, de que el conflicto de intereses entre el acreedor embargante y el adquirente de vivienda sobre plano, se resuelva sustituyendo en la traba la vivienda, por el crédito que el vendedor ostente frente al comprador.

c) Publicidad registral del acto traslativo condicional.

Se ha discutido en la doctrina si es posible la inscripción de actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales realizados bajo condición. El acto o contrato condicionado que pretende la traslación del dominio, impone una notable limitación en la titularidad registral, que tiene distinto alcance. Si la condición es suspensiva, la adquisición no se produce, hasta que llegue el momento de ser cumplida aquélla, pero la titularidad del "seudo-transmitente" se ve limitada por el derecho concedido al "seudo-adquirente"[256]. Si la condición es resolutoria, la adquisición tiene lugar desde el otorgamiento, si bien, la titularidad del adquirente se ve amenazada con una posible resolución, caso de ser cumplida la condición. De aquí que el acto condicionado resolutoriamente no encuentre trabas a la hora de su inscripción en el Registro, toda vez que, aun limitada, la adquisición es efectiva, y si la transmisión viene referida a un inmueble o derecho real inmobiliario, su registración queda proclamada por los artículos 1 y 2 de la Ley hipotecaria[257].

Los problemas se suceden, uno tras otro, cuando la condición es suspensiva, ya que el acto condicionado no transmite el dominio, mientras no quede cumplida la condición. Así pues, no existiendo transmisión de la propiedad ni, en consecuencia, cambio en la titularidad inmobiliaria durante el tiempo en que la condición se halle pendiente, ¿qué título transmisivo es éste que no transmite y qué titularidad publicará el Registro?.

---

esta circunstancia, unida a la existencia de un documento privado justificativo de la adquisición, presupone la titularidad dominical y determina que el juez no proceda, inmediatamente, al embargo.

[255] Se podría decir, que la propiedad antecedente al embargo, no es la única causa justificativa del alzamiento del embargo, pues según el apartado 2 del artículo 595 LEC, "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".

[256] Tales expresiones son utilizadas por BONILLA ENCINA, J. F., "Titularidades limitadas. Publicidad registral de las condiciones", en *RCDI*, núm. 490, 1972, pág. 555.

[257] Sobre este tema, vid.: BLASCO GASCÓ, F., *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 136 y ss. VIDAL FRANCÉS, P., *La problemática de las condiciones en el Registro de la Propiedad*, Atelier, Barcelona, 1998. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios...*, tomo I, op. cit., págs. 370 y ss. TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., "Comentario del articulo 23 de la Ley hipotecaria", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo VII, vol. 4º, dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1999, págs. 137-157.

Los autores que se han ocupado del tema han dado razones bien dispares, ya para admitir la registración[258], ya para rechazarla[259]. Especialmente fundada nos parece la opinión de BONILLA ENCINA[260], que sostiene, que en aras de la libertad de contratación que proclama el art. 1255 CC, no puede negarse la posibilidad de una venta con efectos transmisivos suspendidos hasta el cumplimiento de una condición, sin que por ello deje de ser venta. En esa venta, y durante el tiempo de pendencia de la condición, no hay, efectivamente, transmisión del dominio ni, en consecuencia, se ha producido una adquisición actual, pero sí hay "algo", que querido por los interesados, se ha independizado ya de su voluntad y, camina hacia la producción de unos efectos normales transmisivos. La coincidencia de voluntades para la transmisión ha tenido lugar, en un momento determinado, pero, con el fin de evitar la tiranía de un incierto porvenir[261], se han sometido los efectos traslativos a un evento. La voluntad de transmitir, desligada ya de las personas que la expresaron, marcha, ineludiblemente, por el "iter negocial", e, ineludiblemente también, y sin necesidad de nuevo otorgamiento, producirá la transmisión, cuando el evento haya tenido lugar. Concibiendo la titularidad del transmitente como una propiedad limitada y en vías de resolución a favor del adquirente cabe admitir su registración, si no como acto traslativo, sí como compraventa tendente a transmitir el dominio, en su día, cuando el evento se cumpla, pero productora, de presente, de dos importantes efectos con trascendencia para terceros: la limitación del dominio del vendedor y la prioridad adquisitiva para el comprador.

---

[258] ROCA SASTRE, observa que el derecho real constituido o transmitido bajo condición suspensiva produce, por de pronto, pendiente la condición, una expectativa que debe ser tratada como derecho y que participa de la misma naturaleza del derecho al que tiende, de modo que puede hablarse de una titularidad condicional (vid. ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, tomo III, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, pág. 373).

[259] Por su parte, SANZ FERNÁNDEZ, aduce estos dos razonamientos en contra de la registrabilidad del acto sujeto a condición suspensiva: en primer lugar, el acto sujeto a ella, no da lugar hasta que no se cumpla la condición, a efecto alguno traslativo o constitutivo del derecho real. El titular que transmite o grava sigue siendo titular íntegro del derecho. Si la transmisión o gravamen no se produce mientras la condición está pendiente, parece indudable que no nos hallamos ante un acto inscribible de los enumerados en los arts. 1 y 2 LH, y su inscripción es una anomalía dentro de nuestro sistema. En segundo lugar, la inscripción del acto sujeto a condición suspensiva encierra una anormalidad indiscutible: esta inscripción no proclama al verdadero titular del derecho, toda vez que "el adquirente", no lo adquiere mientras no se cumpla la condición; en cambio el titular verdadero y actual, esto es, el transferente, constará en la inscripción anterior cuando, en realidad, no ha perdido la titularidad de la cosa aún (vid. *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 371).

[260] BONILLA ENCINA, J. F., "Titularidades limitadas. Publicidad registral de las condiciones", en op. cit., págs. 556 a 558.

[261] Según DE ROVIRA MOLA, el fundamento de la condición surge del ansia humana, sancionada por el Derecho, de romper las ataduras del presente para someter el porvenir, y también el azar, a nuestro imperio; no ha de ser el tiempo el que tiranice y sujete la actividad del hombre, antes al contrario, la voluntad tenga poder para regular las relaciones en lo futuro (Voz "Condición", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, vol. IV, Barcelona, 1981, pág. 869).

Como consecuencia de lo anterior, no se puede negar que el pacto sometiendo el dominio a condición suspensiva es un pacto con trascendencia real[262], esto es, de aquellos a los que hace referencia el art. 7 RH. En nuestro sistema inmobiliario registral, las condiciones suspensivas como las resolutorias establecidas en los actos inscribibles y, que afecten directamente al dominio o derecho real limitado inmobiliarios, tienen franca entrada en el Registro, debiendo copiarse, literalmente, en la inscripción del acto principal, como elemento integrante del mismo. Esta inscribibilidad de las condiciones suspensivas y resolutorias, juntamente con el acto supeditado a su actuación, está consagrada en varios preceptos de nuestra legislación inmobiliaria registral, como el art. 9.2 de la LH, que dispone que en toda inscripción se expresarán las circunstancias consistentes en las "condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba"; el art. 51.6.ª del RH, que también preceptúa que se copiarán en la inscripción literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias, o de otro orden, establecidas en el título que se inscriba, a fin de dar a conocer la extensión del derecho correspondiente. El art. 23 de la LH, que viene a confirmar la entrada registral de las condiciones suspensivas o resolutorias de los actos inscribibles en el Registro, pues, al ocuparse de las operaciones a realizar en los libros, al tiempo de cumplirse las mismas, presupone que ellas fueron registradas. Lo mismo hay que afirmar respecto de los arts. 11 y 107.10, de la propia Ley Hipotecaria

La ventaja del acceso registral de los actos o negocios condicionados suspensivamente es, el poder ganar los mismos la prioridad registral, siempre, naturalmente, que la condición llegue a cumplirse, transformándose la expectativa de derecho inscrita, en titularidad actual del derecho, con el auxilio de los efectos retroactivos correspondientes, adquiriendo preferencia respecto de cualquier enajenación realizada por el transmitente, gracias a la prioridad registral que le concede la inscripción del acto adquisitivo condicional.

[262] A favor de la inscripción registral del pacto de reserva de dominio cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P., *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, tomo I, Madrid, 1862, págs. 512 y ss.; AMORÓS GUARDIOLA, "El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles", en op. cit., pág. 38. También GORDILLO CAÑAS, A., "El objeto de la publicidad registral en nuestro sistema inmobiliario registral", en *ADC*, fasc. II, 1998, pág. 496. ARIJA SOUTULLO, C., *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Comares, Granada, 2000, págs. 30 y ss.También la STSJ de Navarra de 17 de junio de 1996 (RJ 8374).

E) ¿Qué sucede con el derecho del comprador a la entrega del bien, en tanto que culmina la construcción, en la compraventa no condicionada?

Frente al comprador condicional, titular de un derecho eventual de trascendencia real, en la compraventa pura el comprador no tiene, antes de la entrega, más que un derecho de crédito. Si afirmamos que el derecho del comprador es de carácter meramente obligacional, aunque no sea eventual, parece coherente, negarle acceso registral y protección frente al embargo del bien debido, que sigue siendo propiedad del vendedor-promotor.

Sin embargo, las cosas no se desarrollan de manera tan lineal y sencilla, de tal forma que todo es negro o blanco, se distinguen fases o momentos en la transmisión pendiente de tradición, aplicada al campo de los contratos traslativos del dominio de pisos aún en construcción. Se podría decir, siguiendo al profesor MORENO QUESADA[263], que estamos en presencia de verdaderos derechos reales, que aún no han completado su formación; y el problema surge, porque en un trecho de ese camino de su formación, se configuran como derechos personales; pero que no se quieren como tales, sino en cuanto fase del proceso formativo del derecho real de que se trata.

Un supuesto encuadrable dentro de esta categoría, lo constituye el llamado *ius ad rem*, si bien, también se ha hablado en relación con la misma situación, de expectativa real y de "realidad" del derecho de crédito[264]. Se trata de quien aún no es propietario, pero tiene un derecho de crédito de cuya satisfacción resultará la adquisición de la propiedad de un bien. Se tiende a considerar el *ius ad rem* como un derecho más fuerte que el puramente obligacional, que no implica potestad inmediata sobre la cosa y que puede convertirse en derecho real bajo ciertos supuestos.

El *ius ad rem* se ha considerado como una figura intermedia entre los derechos de crédito y los derechos reales, siendo su titular aquél que tiene derecho a recibir de su deudor una cosa determinada y está dispuesto a pagar o ya ha pagado la contraprestación que le incumbe, no pudiendo quedar relegado a la categoría de acreedor puramente

[263] Cfr. MORENO QUESADA, B., en AAVV, *Curso de Derecho Civil*, III, *Derechos reales e inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 37 y 38.

[264] La distinción entre tales términos, en CLEMENTE MEORO, M. E., *El acreedor de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 267 y ss.

personal[265]. Se ha dicho que el Derecho no puede permanecer insensible ante el hecho de que el objeto concreto y determinado que el deudor ha de entregar, ya ha dejado de pertenecer económicamente a su patrimonio cuando ha recibido la contraprestación del acreedor. Aunque con estricto criterio jurídico ha de afirmarse que antes de la entrega, la cosa todavía pertenece al deudor (art. 1095 CC), no por ello deja de ser justo que el acreedor reciba una protección más enérgica que cuando se trata de una deuda de cosa genérica[266].

Vocación[267] al derecho real es, normalmente, el nombre con que se designa hoy, a la figura de origen medieval[268] que es el *ius ad rem*, si bien, también se usan otras denominaciones, así PUIG BRUTAU[269], considera que se trata de una expectativa jurídica de adquisición, que se refiere a la protección de la esperanza en la adquisición de un derecho que todavía no ha quedado perfeccionado por falta de alguno de los elementos que exigen

[265] PUIG BRUTAU, añade que su derecho a recibir la cosa es tan firme que constituye la situación objetiva que muchos ordenamientos jurídicos toman como base de una efectiva adquisición de la propiedad (en "Voz ius ad rem", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, Barcelona, 1968, pág. 698). Reproduce con asentimiento sus palabras MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., "El ius ad rem", en *RDP*, enero 1988, pág. 15. Más matizadamente, sostiene DÍEZ-PICAZO, que el *dare* traslativo, es decir, el derecho dirigido a obtener una entrega de una cosa o traslado posesorio, determina en el titular un derecho o facultad de adquirir que, sustancialmente, sigue siendo un derecho de crédito, pero al concretarse en una cosa determinada tiene normalmente una eficacia más amplia que la de los puros derechos relativos. El derecho de adquirir una cosa concreta y determinada posee un relieve especial y puede por ello configurarse como un derecho de obligación con un efecto de modificación jurídico-real (vid. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, págs. 70 y 72). Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I, op. cit., págs. 70-71, habla de derechos de crédito con trascendencia real.

[266] Explicando el proceso histórico que culminó con los artículos 908 y 909 del Código de comercio, afirma NÚÑEZ LAGOS, que el concepto de acreedor de dominio es más amplio que el llamado *ius ad rem*, en sentido estricto; son acreedores, es decir, titulares de un derecho de crédito, *ius obligationis*; más tal titularidad, por su fin, lleva en germen su transformación en *ius in re*; transformación que se verifica por dos caminos: 1) frente a una obligación de dar, en cuyo caso el titular del *ius obligationis* es titular de un *ius ad rem* y el obligado ejecuta un acto material –*traditio*-, teñido de significación jurídica por un acto precedente –título, *v. gr*., compraventa-; 2) frente a una obligación de hacer, en cuyo caso el obligado tiene que realizar un nuevo negocio transmisivo autónomo e independiente a favor del acreedor (vid. NÚÑEZ LAGOS, R., "Mandatario sin poder", en *RDP*, sep. 1946, pág. 626).

[267] ATARD GONZÁLEZ, R., "Algunas consideraciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario. Ensayo de la construcción sistemática de las titularidades *ob rem*", en *RDP*, 1924, págs. 272-288. También FONCILLAS, J. M., "El *ius ad rem* en el Derecho civil moderno", en *RCDI*, 1933, págs. 253 y ss.

[268] El concepto apareció en el Derecho feudal y significaba que para adquirir un feudo, el vasallo debía recibir una investidura con posesión; de manera que si el investido no tiene un derecho real antes de entregársele la posesión, tiene, sin embargo un derecho a la cosa (*ius ad rem*). De manera parecida, el Derecho canónico distinguía entre el derecho que se tenía en virtud de la mera designación y el derecho real adquirido por la colación, como último acto en la transmisión de un beneficio. De esta manera, entre la obligación y el derecho real queda introducido un tercer término, que no implica un perfecto dominio sobre la cosa, pero que la mediatiza de manera mucho más enérgica que el derecho personal (GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., "La teoría del título y el modo", en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo I, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, págs.300-305).

[269] PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona,1989, págs. 17-18.

las leyes. Expectativas que son calificadas de reales cuando preparan un derecho de esta clase, consistiendo la protección que se deriva de las mismas en evitar los efectos que, ante un derecho personal, produce el cambio de titular de una cosa determinada. Si bien, a pesar de esta clase de protección, la expectativa depende de la subsistencia de una relación obligatoria y le falta la independencia y autonomía del verdadero derecho real.

Modernamente con el nombre de vocación al derecho real, se ha intentado explicar la eficacia, sobre cosas determinadas y frente a terceros, de ciertos derechos personales, así la eficacia del derecho del primer comprador (derecho personal), que no ha llegado a ser propietario por no haber tomado posesión de la cosa, pudiendo ser preferido frente al segundo comprador, en cuyo favor se consumó la *traditio*, pero que sabía de la primera venta (art. 1473 CC)[270]; o bien, para explicar la eficacia *erga omnes* de un derecho personal anotado en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 42.1 LH).

Aplicando esta figura a los negocios traslativos que se realizan sobre pisos en construcción, cuando la tradición queda pendiente de que se terminen los mismos, unos autores[271] exigen para reconocer la titularidad del *ius ad rem*, que la finca esté construida,

---

[270] Así, no obstante haber consumado la tradición a su favor el segundo comprador y deber ser considerado, por tanto, en pura lógica, como propietario, el ordenamiento jurídico puede preferir al primero en virtud de la buena fe (que falta en el segundo), ¿cómo explicar que un puro comprador venza en juicio a quien a llegado a ser propietario, si el comprador no tiene más que un *ius in personam* frente al vendedor? Se dirá porque tiene un *ius ad rem* (en este sentido ESPÍN CANOVAS, D., "La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español", en *RDP*, junio 1945, págs. 349 y ss.). Frente al razonamiento anterior del artículo 1473 CC, considera PUIG BRUTAU, que la única explicación de este precepto es que el legislador ha considerado más justo no amparar a quien ha adquirido la posesión sin buena fe (*Fundamentos...*, tomo III, op. cit., pág. 20). Por nuestra parte y con referencia al artículo 1473 CC, creemos que la admisión del *ius ad rem* no puede quedar supeditada a la falta de buena fe del segundo comprador, cuando es conocedor de la venta anterior, pues no cabe duda que se trata de una circunstancia subjetiva. La vocación al derecho real, si se acepta como una figura más dentro de nuestro Derecho civil, debe tener una presencia objetiva, al igual que sucede con los demás derechos subjetivos, cuya existencia no depende de un estado de conocimiento de la persona; sin perjuicio, claro está, de que en ocasiones, se proteja a un adquirente posterior de la cosa, que ha actuado de buena fe, en aras de la seguridad del tráfico jurídico. En conclusión, y según nuestro razonamiento, creemos que en el art. 1473 no es admisible el reconocimiento de un *ius ad rem* a favor del primer comprador, fundándose única y exclusivamente en que el segundo tiene noticia de que se ha efectuado una venta anterior, ya que la prevalencia del derecho de aquél se basaría en la mala fe de éste. Estimamos que sí podría ser un argumento favorable a la titularidad del *ius ad rem* por parte del ese primer contratante, la consideración del contrato de compraventa como aquél en el que radica la energía dispositiva o traslativa, de forma que si bien sin tradición, el comprador es titular de algo más que un derecho de crédito frente al vendedor. También MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Conferencia pronunciada en Ilustre Colegio Notarial de Valencia el 8 de junio 1963, Valencia, 1967, págs. 17-18.

[271] MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, op. cit., pág. 18: 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*; cuando el piso ha sido tradido y entregado, el adquirente deviene investido y titular del *ius in re*.

otros[272], que el edificio esté definido y se haya otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal. También existe una corriente que rechaza expresamente esta teoría del *ius ad rem*, pues aunque se llame *ius ad rem* al derecho que tiene el adquirente de un piso proyectado, antes de que opere la tradición, no cambiará en nada ni la situación ni los medios de defensa que dicho sujeto tiene a su alcance como titular de un derecho personal[273].

El problema en todo este complejo de situaciones intermedias, vocaciones hacia algo, expectativas, se encuentra, como dice PUIG BRUTAU[274], en que no tienen un carácter unitario, es el legislador el que elige los intereses que merecen esta clase de protección siguiendo razones de justicia o criterios de política jurídica. De tal forma, que será después de adoptadas las soluciones pertinentes cuando podrá hablarse de si en determinado ordenamiento jurídico existen vocaciones al derecho real o expectativas de adquisición protegidas con efectos de esta clase. En este sentido, aunque es frecuente que el Tribunal Supremo[275] califique el derecho del comprador, una vez perfecto la venta y antes de la tradición, como *ius ad rem*, sin embargo, estas expresiones no significan que se acoja esta figura intermedia, pues para ello sería menester que se dedujera de tal calificativo una mayor protección de los adquirentes ante los obstáculos que impiden la consolidación de su proceso adquisitivo (embargos sobre el vendedor, dobles ventas o disposiciones por parte de éste)

Esta figura ha sido repudiada por la doctrina actual por su falta de interés práctico, pero pese a ello es innegable que, con independencia de lo difuso de sus caracteres, alguna de las consecuencias que se derivan de la situación que el *ius ad rem* define, coinciden con las que implicaría un derecho real sobre un piso en construcción. La falta de interés práctico de introducir el *ius ad rem*, como un *tertium genus* entre el derecho personal y el

---

[272] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., GARRIDO CERDÁ, E., SOTO BISQUERT, A., "Modalidades en la constitución...", en op. cit., págs. 187-190. 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. 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.

[273] En este sentido, vid. LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 60. También RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 152 y ss.

[274] PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, tomo III, vol. I, op. cit., pág. 19.

[275] Así, SSTS de 31 de marzo de 1962, 3 de octubre de 1963, 4 de mayo de 1965 (JC 340), 20 de octubre de 1990 (RJ 8029), 26 de noviembre de 1991, 31 de mayo de 1996 (RJ 3866).

real, para explicar el derecho que puede tenerse sobre una cosa futura, radica básicamente en que las situaciones que preocupan hoy a la doctrina (venta de pisos en construcción, permuta de suelo por obra futura) se están resolviendo acudiendo a la idea del derecho real con objeto en transformación[276].

V.- LA VENTA DE PISO EN CONSTRUCCIÓN COMO UN CONTRATO COMPLEJO O MIXTO CON UNA OBLIGACIÓN DE HACER Y DE DAR.

1.- LOS CONTRATOS MIXTOS O COMPLEJOS.

En un intento de dar acomodo a la doble obligación del vendedor que genera la venta de inmuebles en construcción o meramente proyectados y proporcionar una articulación al supuesto, que sitúa en su persona, junto con su típica obligación de dar, otra no menos trascendente e importante en el total contrato concertado, como es la obligación de hacer el piso que se ha de dar, nos mueve a hacer una referencia a los contratos atípicos, en su modalidad de contratos complejos o mixtos.

A) Los contratos mixtos o complejos como negocios atípicos.

El estudio de los contratos mixtos o complejos se inserta, en la más amplia categoría de los contratos atípicos que, se derivan de las cambiantes necesidades económicas, de evolución más rápida que los preceptos contenidos en las leyes y que responden al normal desenvolvimiento de la vida jurídico-económica. La noción de tipicidad y su opuesta, atipicidad, es de origen muy reciente[277]. No fueron conocidas por los juristas romanos, pues, en su esquema mental, no era siquiera concebible un negocio jurídico que no fuese típico, es decir, que no guardase correspondencia con una figura formalmente prevista, o, no respondiese a una causa previamente configurada como apta para exigir la tutela jurídica. Se habla de negocio típico, para designar al que se halla regulado explícita y directamente por el ordenamiento positivo, contando con una específica disciplina normativa y, de negocio atípico, para referirse a aquél que, aunque lícito y admisible, carece de regulación legal.

---

[276] Cfr. FERRANDO NICOLAU, E., "La cosa futura como objeto del derecho real", en *RGD*, núms. 676-677, enero-febrero 2001, pág. 46.

[277] CASTRO LUCINI, F., "Los negocios jurídicos atípicos", en *Revista de Derecho Notarial*, núms. LXXXV-LXXXVI, julio-diciembre 1974, págs. 11-12.

La introducción del término "tipicidad" en el lenguaje jurídico, se debe a los penalistas alemanes. Forma parte de la dogmática penal que no existe delito sin tipicidad, no existen delitos atípicos, constituyendo una salvaguarda del individuo frente al intento político-represivo del Estado. El trasplante de este concepto, del ámbito del Derecho público al privado, se debe a la unidad entre los dos campos jurídicos; por otra parte, si el delito se configura como un negocio jurídico, bien que ilícito, (cfr. arts. 1089 y 1092 CC), no puede extrañar que se extienda a los negocios jurídicos lícitos una expresión ya aplicada con fortuna a aquéllos, si bien partiendo de un punto de vista opuesto. Al ser lícitos y no llevar aneja sanción, falta la razón para impedir la atipicidad.

El fundamento en que se apoya la doctrina[278] y la jurisprudencia[279] para justificar la existencia de los contratos atípicos es doble; por un lado, el soporte legal que se utiliza viene representado por el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC; sin olvidar los argumentos de orden práctico, tales como la necesidad de adaptar el Derecho a la realidad social y, por tanto, a los intereses de los contratantes, ya que la realidad social desborda siempre todas las previsiones del legislador, que no puede, en tanto no se rocen los intereses públicos y otros dignos de estima, exigir una absoluta adscripción de las voluntades particulares a los cauces por él trazados, cuando éstos se muestran insuficientes para la regulación practica de los intereses en juego[280]. Por ello, puesto que los móviles que inspiran a los particulares a otorgar el contrato, no siempre se consiguen con el contenido de los tipos descritos por el Código, es por lo que, en aras de obtener la finalidad específica que cada contratante se propone al prestar su consentimiento a la convención, es forzoso, muchas veces, combinar las prestaciones típicas de diversos contratos, cuando no

[278] LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., (nueva edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J.,), *Elementos de Derecho civil* I. *Parte general*, vol. III. *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 236-237; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, (Introducción. Teoría del contrato)*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, págs. 360-361. También vid. FRANCOS AVELLANAL, E., "Contratos complejos. Notas para su estudio doctrinal y jurisprudencial", en *Actualidad Civil*, XXII, 22/31 mayo-6 junio, 1993, pág. 361. Igualmente RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000, págs. 278-279.

[279] Citar a título de ejemplo, las SSTS 19 de octubre de 1991 (RJ 7452), 9 de diciembre de 1988 (RJ 9331), 24 de septiembre de 1987 (RJ 6193), 3 de mayo de 1984 (RJ 2393), 19 de mayo de 1982 (RJ 2581), 27 de febrero de 1950 (RJ 366), 2 de abril de 1964 (RJ 1769).

[280] SOTO NIETO, F., *Supuestos de inclusión y de exclusión en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Alcoy, 1966, pág. 266.

idear diferentes obligaciones de carácter complejo que no se pueden encajar fácilmente en ninguno de los contratos tipo[281].

La falta de ajuste entre el contrato singular que las partes celebran y los tipos preestablecidos por la Ley, puede producirse de muy diferente manera, dando lugar a fenómenos distintos[282], como las uniones de contratos, que puede ser una unión de dos o más contratos, meramente externa o interdependiente unilateral o bilateralmente y los contratos mixtos, que pueden ser un contrato unitario con varias prestaciones principales, o un contrato unitario con un particular elemento representativo de un contrato distinto; o bien, un contrato unitario que encaja en dos distintas especies o tipos de contrato; también puede surgir un contrato típico con prestación subordinada de otra especie[283].

B) Contratos mixtos o complejos y pluralidad de contratos.

Cuando existen distintas prestaciones pertenecientes a varios esquemas contractuales, o bien existe un solo contrato (mixto o complejo), o bien concurren varios contratos, que en unos casos serán independientes y en otros estarán coligados entre sí. El principal problema que plantean los supuestos descritos es decidir si nos encontramos en presencia de un contrato único o de una pluralidad de contratos. La unidad contractual de los contratos mixtos o complejos[284] es evidente, frente a los contratos conexos (contratos

[281] DE ROVIRA MOLA, A., Voz "Contrato complejo", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, vol. V, Barcelona, 1976, pág. 375.

[282] Esta clasificación la encontramos en ENNECCERUS, L., KIPP, TH. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II primera parte, Barcelona, 3ª ed., 1966, págs. 7 y ss.

[283] Estamos en presencia de un contrato típico con prestación subordinada de otra especie, cuando se trata de un contrato principal cuyo contenido regula la totalidad de la relación, pero al que va unida otra prestación que actúa como subordinada al fin perseguido y que se halla regulada en otra figura contractual. La referida prestación ha de tener económicamente la misión de completar el contrato principal (vid. PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid, 1930, pág. 108). Para juzgar estos contratos hay que tener en cuenta, principalmente el Derecho que regula el tipo básico, pero también y, a título complementario, puede aplicarse por analogía a la prestación subordinada las disposiciones sobre el tipo de contrato a que correspondan, siempre que éstas se fundamenten en la naturaleza de esta prestación y, la naturaleza general y el fin conjunto del contrato no exijan una desviación (cfr. FRANCOS AVELLANAL, E., en op. cit., pág. 374).

[284] En ocasiones, se distingue entre contrato mixto y contrato complejo, concibiéndolos como categorías diferentes, es el caso de DÍEZ-PICAZO, que considera contratos mixtos, aquellos en los que, dentro de un único contrato, confluyen elementos que pertenecen a tipos de contratos diferentes. Se caracterizan por reunir elementos de diversos tipos contractuales (ejemplo, la donación mixta, es una compraventa en la que se estipula un precio notoriamente inferior al que corresponde al valor objetivo de la cosa, en el contrato confluyen características de la compraventa, puesto que el precio realmente existe, y elementos de un contrato de donación, puesto que en parte el transmitente, quiere hacerle una liberalidad al promitente). Cabe hablar de contratos complejos, para designar aquellos en los cuales las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente de cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio. No hay pura yuxtaposición de contratos, como en los contrato coligados (arrendamiento con opción de compra a

coligados o uniones de contratos). De lo anterior resulta, que el criterio delimitador entre el contrato mixto y los contratos conexos es, simplemente, la existencia de un único contrato en el primer caso y de dos o más convenios en el segundo[285].

Los contratos mixtos[286] son aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí; además se ha señalado[287] como necesario, el que todas o algunas de las prestaciones características de dos o más contratos se encuentran en relación de recíproca coordinación. Hace falta que las

---

favor del arrendatario; se concede préstamo y se constituye hipoteca a favor del prestamista), sino fusión de prestaciones, obligaciones o contratos típicos. Por ejemplo, el contrato de cambio de obra por solar, comprende una prestación de transmisión de propiedad, una obligación de construcción por parte del adquirente y la prestación de entrega de parte de lo construido al primer transmitente.*(Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, op. cit., págs. 362-363). Se considera que ni la realidad fáctica ni la consideración teórica de estos contratos atípicos parecen suficientemente diversas, en uno y otro caso, como para permitir la construcción de dos figuras autónomas; de ahí, que en Italia la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia equiparan el contrato mixto y el complejo (vid. LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos...*, op. cit., pág. 284).

[285] Por lo que respecta a los supuestos de conexión contractual en el Derecho español, si bien no existe una previsión general, se pueden hacer dos grupos de supuestos: en primer lugar, los contratos dependientes o subordinados, como los contratos de garantía, el convenio arbitral y el subcontrato; y en segundo término, las acciones directas reconocidas por nuestro Derecho a favor de una persona que no ha contratado con el legitimado pasivamente (vid. LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos..*, op. cit., págs. 36 y ss.; también RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000, págs. 280 y ss.).

[286] Define DE ROVIRA MOLA, los contratos complejos como "aquellos que reuniendo diversos elementos de hecho, no encajan dentro de ninguno de los tipos contractuales comúnmente recogidos por el legislador", y añade que no es el único nombre que les ha otorgado la doctrina y, así se les designa también como contratos mixtos, atípicos, múltiples, combinados, compuestos, innominados, etc. Argumenta que prefiere la denominación de contrato complejo por expresar mejor la idea que de ellos deriva, ya que en oposición a los contratos simples, que contienen sólo las prestaciones típicas de cada figura contractual, en los contratos complejos se interfieren una diversidad de elementos de hecho que pueden encajarse en otros tantos tipos siempre bajo la intención de las partes (Voz "Contrato complejo", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, vol. V, Barcelona, 1976, págs. 376). También FUBINI, prefiere utilizar la terminología de contrato complejo, complejo en el sentido de que en la mente de las partes sólo puede alcanzarse el efecto económico con la recta valoración de todo aquel estado de hecho que para las partes mismas indica el supuesto previo a la contratación. He aquí por que se debe hablar de contrato complejo, tanto cuando se trata de valorar las prestaciones accesorias en relación a un contrato principal, como cuando se deba juzgar un contrato que comprenda prestaciones múltiples, o cuya característica sea la pluralidad de partes o, cuya existencia está subordinada a la de otro negocio (FUBINI, R., "Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)", en *RDP*, 1931, pág. 4). Para CLEMENTE MEORO, los contratos mixtos o complejos surgen cuando en un mismo tipo contractual se han combinado diversos elementos de distintos contratos formando una unión (vid. "Régimen jurídico del arrendamiento urbano con opción de compra", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Valencia, 1995, pág. 736.

[287] La STS de 19 de enero de 2001 (RJ 1321), considera que el contrato convenido entre los litigantes (en el que se aprecian elementos propios del contrato de obra, y venta al contratista en pago de la obra construida) tiene un objeto integrado por una bilateral pluralidad de prestaciones diversas concatenadas para constituir una unitaria finalidad obligacional a consumar mediante actuaciones recíprocas y compensatorias entre sí desde el revestimiento unitario que les proporciona un contrato complejo con un contenido que no cabe desmembrar, porque sus diversos integrantes se condicionan entre sí en un equilibrio que, desnaturalizándole, rompería su genuina causa contractual para llevar a figuras contractuales que disociadas no son los que así movieron a las partes a prestar su consentimiento creador como dispone el art. 1254 CC.

prestaciones o elementos negociales combinados tengan ya y, conserven después de la fusión, la virtud informadora del tipo legal o social a que pertenecen, pues si a la prestación principal de un determinado negocio se añade otra prestación, pero subordinada a la primera, no se estará frente a un verdadero negocio mixto, sino ante un negocio puro correspondiente a la prestación preponderante[288].

La STS de 27 de febrero de 1950 (RJ 366)[289], considera que existen diferentes modos de llevar a cabo la fusión de dos formas contractuales de posible coexistencia separada, las cuales pueden unirse por la voluntad de los interesados, insertando en una determinada forma contractual elementos característicos de otra u otras formas contractuales, como condición, estipulación, antecedente o complemento de la misma, quedando confundidas en un solo contrato, por la unidad de fin. En cualquiera de los casos, las prestaciones o elementos correspondientes a varios moldes contractuales se conjugan o agremian entre sí en orden a la realización de una función práctica unitaria. El contrato mixto es, pues, un solo contrato y no se identifica con la unión o pluralidad de contratos.

En cuanto a que cabe entender por contratos coligados, LÓPEZ FRÍAS[290] considera que estamos ante el fenómeno de la conexión contractual cuando varios sujetos celebran

[288] JORDANO BAREA, J. B., "Contratos mixtos y unión de contratos (comentario a la STS de 27 de febrero de 1951)", en *ADC*, 1951, pág. 328.

[289] Esta sentencia contemplaba un supuesto de arrendamiento con opción de compra, que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Vendido a un tercero el inmueble, con violación de la opción, la Audiencia estimó la existencia de dos contratos distintos, uno de arrendamiento y otro de opción, declarando, en consecuencia, la nulidad de la inscripción de la cláusula de opción, porque no podía perjudicar al subadquirente. El TS estimó la existencia de un único contrato, mixto y, por ello, inscribible, admitiendo su íntegra validez y con plenos efectos al subadquirente.

[290] LÓPEZ FRÍAS, señala como requisitos mínimos de la conexión contractual: 1) Pluralidad contractual: considera que la concurrencia de varios contratos en un supuesto dado exige, que cada uno de los acuerdos en cuestión reúna los requisitos esenciales a que se refiere el artículo 1261 CC. Es decir, consentimiento, objeto y causa propios. Para determinar cuando existe unidad o pluralidad contractual habrá que atender como criterio preferente a la causa del contrato. En cualquier caso, este planteamiento no excluye tener en cuenta, además, cualquier otro elemento fáctico o jurídico que pueda ser relevante para determinar el numero de contratos concluido en cada caso. Así, cuando en un supuesto concurren dos sujetos, y uno tiene a su cargo varias prestaciones, la existencia de una única contraprestación es indicio de que se ha celebrado únicamente un contrato. 2) El nexo funcional: habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiere articularse. La autora es consciente de que tal razonamiento comporta un juicio de valor (los contratos "deben" considerarse vinculados). Pero se trata de un juicio de valor que se justifica porque la autonomía de los contratos puede producir consecuencias jurídicas contrarias a la intención de las partes y puede situar a alguno de los contratantes en una posición de especial desprotección. Esta figura no exige que los contratos concurrentes hayan sido celebrados por las mismas partes. En muchos casos de hecho, la vinculación se produce entre dos convenios que solamente tienen en común a uno de los contratantes. Tampoco es necesario que exista un pacto expreso de las partes dirigido a establecer el nexo o ligamen entre los negocios (vid. *Los*

dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante.

La diferencia entre las dos formas de contratación está, por tanto, en el número de convenios celebrados. Ello quiere decir, también, que en el contrato mixto hay una sola causa (mixta) y en los contratos conexos dos o más causas distintas, en correlación al número de contratos que se hayan concluido[291]. En definitiva, es clara la distinción entre el contrato mixto y los supuestos de imbricación entre convenios. Y aunque la diferencia está en su configuración, también se advierte en su estudio dogmático. De hecho, el principal problema que plantean los contratos mixtos es la regulación de los mismos[292], dado su carácter atípico, mientras que la problemática de los contratos conexos está en la propia individualización del fenómeno que le sirve de base y en la determinación de sus consecuencias jurídicas[293].

C) Regulación aplicable a los contratos mixtos o complejos.

Respecto al régimen jurídico o normativa aplicable a los contratos mixtos o complejos, en la doctrina se debaten tres teorías, la de la absorción[294], la de la combinación y la de la aplicación analógica.

---

contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 273).

[291] También GALGANO, F., *El negocio jurídico* (traducción por BLASCO GASCÓ, F. P. y PRATS ALBENTOSA, L.), Tirant lo blanch, Valencia, 1992, págs. 114 a 118.

[292] Jurisprudencialmente, se han tratado distintos supuestos de contratos atípicos y complejos: la permuta de solar por porcentaje de lo que en él se edifique (STS de 30 de diciembre de 1991 [RJ 9607]); contrato asociativo de confección textil y comercialización (STS 18 de abril de 1991 [RJ 2723]); seguro en garantía de ejecución de contrato de obra (STS 14 de noviembre de 1989 [RJ 7878]); cesión de bienes por contraprestación de alimentos y gastos farmacéuticos (STS de 18 de abril de 1984 [RJ 1952]); contrato de reserva hotelera (STS 27 de febrero de 1982 [RJ 792]); compraventa con pacto de retro o préstamo con venta superpuesta (STS de 24 de enero de 1983 [RJ 384]); arrendamiento de servicios y mandato para la promoción y constitución de comunidades de propietarios para la construcción de viviendas en régimen de autopromoción (SS de AP de Madrid de 17 de mayo de 1999 [AC 8434] y 23 de marzo de 1999 [AC 1037] . También se citan como supuestos de contratos mixtos nominados previstos en el Código civil, la permuta con compensación en dinero (art. 1446); la donación onerosa (art. 622); la aparcería (art. 1579); el contrato de obra con suministro de material (art. 1588) y el contrato de hospedaje (arts. 1922.5, 1783, 1784 y 1967.4).

[293] Igualmente LÓPEZ FRÍAS, A., loc. cit., pág. 286.

[294] Podría responder a la teoría de la absorción la solución propuesta por la Resolución de la DGRN de 4 de noviembre de 1968, a la hora de determinar si al comprar un bien inmueble con precio aplazado, puede el marido constituir hipoteca sobre el mismo inmueble comprado, en garantía de dicho aplazamiento por sí solo o, necesita para ello el consentimiento de su esposa, dado que el artículo 1413 CC (en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981), exige el consentimiento de la mujer para los actos de disposición realizados por el marido sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial. Ante esta cuestión, la práctica registral anterior a la Resolución de 13 de mayo de 1968, entendía

Según la primera, lo decisivo para individualizar las normas aplicables al contrato mixto es el elemento preponderante, de tal forma, que su disciplina vendría dada por las normas que regulan el elemento que imprime carácter a todo el contrato[295].

Esta teoría puede valer para aquellos casos en que la intención subjetiva de las partes, o en su defecto, la realidad objetiva, nos muestren claramente cuál es la prestación fundamental, pero sin embargo es inaplicable en todos aquellos casos en que las diferentes prestaciones cooperan a la obtención de un resultado unitario con la misma intensidad y, por consiguiente, sin que pueda encontrarse el elemento preponderante.

Para la teoría de la combinación, cuando en los contratos atípicos coexisten prestaciones y elementos correspondientes a diferentes contratos típicos, la disciplina normativa aplicable a aquéllos deberá reconstruirse combinando las normas correspondientes a cada uno de los contratos típicos. Esta proposición ha llegado a ser calificada como un "alfabeto contractual", o "quimismo contractual"[296], por su parecido

---

que era necesaria la comparecencia de la esposa ante el notario y su consentimiento para que la hipoteca en garantía del precio aplazado quedara válidamente constituida. Tal criterio tenía su fundamento legal, ya que una cosa es que el marido pueda comprar por sí solo con precio aplazado y, otra muy distinta, la constitución de la garantía, se trata de dos negocios jurídicos independientes. El acto de adquisición del dominio es previo y antecedente del de constitución de la garantía; y siendo diferentes ambos negocios en cuanto al momento de su nacimiento y en cuanto a los requisitos de capacidad, no puede involucrarse uno en otro. En la Resolución comentada el Centro Directivo entendió que "en el caso de compra de un inmueble con precio aplazado, cuando al mismo tiempo se constituye hipoteca para garantizar tal aplazamiento, no se trata de dos negocios típicos e independientes, con vidas separadas, sino más bien de un negocio complejo, de naturaleza unitaria, resultante de la fusión de ambas declaraciones negociales. Por cuanto el pacto de hipoteca se encuentra tan ligado al contrato de compraventa que sin él no hubiese tenido lugar; dicho pacto hipotecario tiende a reforzar la garantía del vendedor como contraprestación al aplazamiento del pago del precio convenido. Las diversas declaraciones de voluntad negocial aparecen fundadas en una síntesis al confluir en un único negocio, que es el resultado de las variadas causas que en él concurren. De donde resulta que no puede escindirse el contrato complejo en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de la compraventa. Por lo que el marido podrá hipotecar la finca comprada en garantía del precio aplazado y en el mismo acto de la compra sin necesidad de obtener el consentimiento de su mujer". Considera AMORÓS GUARDIOLA que, en este caso, más que de conexión hay que hablar de subordinación, sin venta con precio aplazado, carecería de razón de ser la hipoteca. Por eso se aplica las normas de capacidad del pacto principal a su accesorio (vid. "El negocio complejo", en *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, págs. 87-88).

[295] En contra de esta teoría de la absorción, se ha dicho por CASTRO LUCINI, que resulta insatisfactoria, especialmente cuando una de las prestaciones no tenga claro carácter secundario, además, deja sin establecer un criterio seguro para determinar la preponderancia de la prestación: ¿fin subjetivo? ¿consideración objetiva? ¿especial y concreto? (vid. "Los negocios jurídicos atípicos", en *RDN*, núms. LXXXV-LXXXVI, julio-diciembre 1974, pág. 29). Por su parte, JORDANO BAREA, considera que en estos casos en que los elementos conjugados no están en relación de mutua coordinación, sino de subordinación, asumiendo uno de ellos el papel de elemento dominante frente a los demás, no existe verdadero y propio contrato mixto, que requiere que los diversos elementos combinados estén en pie de igualdad ("Contratos mixtos y unión de contratos (comentario a la STS de 27 de febrero de 1951)", en *ADC*, 1951, pág. 331).

[296] CASTRO LUCINI, F., "Los negocios jurídicos atípicos", en op. cit., pág. 30.

con el procedimiento químico de descomposición de cuerpos en elementos simples y posterior combinación de los diversos elementos hasta dar lugar a cuerpos compuestos.

Está claro que los elementos del contrato mixto no están yuxtapuestos el uno al lado del otro, sino que están compenetrados y soldados en armónica unidad, por ello, en una posición más moderada[297], lo que postula esta doctrina no es una combinación meramente mecánica, sino hecha con criterio orgánico, mirando a la unidad del fin económico, dado que como se ha dicho, el negocio mixto es síntesis y no suma de diversos elementos negociales. De la teoría de la combinación se ha observado que respeta en mayor grado la verdadera posición del problema, ya que trata de mantener la importancia que las partes han atribuido a cada uno de los elementos del contrato, procurando la creación de un todo organizado[298].

Para la teoría de la aplicación analógica, habrá que acudir de una manera directa a las disposiciones generales sobre los contratos, y en segundo lugar, a las disposiciones especiales relativas al contrato típico que más se asemeje al contrato a disciplinar.

En última instancia, en el momento de concretar cuál sea el precepto aplicable, no parecen observarse diferencias insalvables entre la teoría de la aplicación analógica y la de la combinación, dado que ésta última se lleva a cabo guiada por la unidad de fin económico[299]. Para encontrar solución al problema planteado mediante el hallazgo de una regulación apropiada para los contratos complejos o mixtos se valorará, en primer lugar, la intención de las partes, ya que según el fin económico o contractual de éstas, sólo serán válidos aquellos preceptos que no se opongan al fin tomado en consideración; esta afirmación encuentra apoyo legal en los artículos 1091 y 1281 CC. Si la interpretación de las partes no fuese suficiente por la dificultad del caso concreto, habrá de juzgarse éste por

[297] JORDANO BAREA, J. B., "Contratos mixtos y unión de contratos...", en op. cit., pág. 332.

[298] De acuerdo con la triple distinción que realiza DÍEZ-PICAZO entre contratos coligados, mixtos y complejos, la teoría de la combinación es enteramente aplicable a los contratos coligados, dado que la unión no hace perder a los contratos yuxtapuestos su peculiar naturaleza jurídica, también se podría aplicar dicha teoría, en principio, a los contratos mixtos, pues, aunque en ellos se crea una unidad orgánica, confluyen elementos pertenecientes a distintos tipos contractuales. Respecto de los contratos complejos y todos aquellos en que puede establecerse un elemento primordial o preponderante procedente de un contrato típico admiten la aplicación de la teoría de la absorción, como punto de vista más conveniente y correcto (vid. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, op. cit., pág. 366).

[299] Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, puesta al día con la colaboración de Fernando REGLERO CAMPOS, 11ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, págs. 417 y ss.

analogía de los tipos contractuales afines, por los principios generales de las obligaciones y contratos y, por último, a título complementario, por el arbitrio judicial[300].

Una explicación de las distintas doctrinas expuestas realizada por el propio Tribunal Supremo, es la contenida en la sentencia de 19 de mayo de 1982 (RJ 2581): el contrato discutido era una venta e instalación de unos hornos de fusión, a que se comprometió el actual recurrido, por un importe determinado, del que quedaba una cantidad pendiente por pagar. El litigio, en primera instancia, tiene lugar por iniciativa del vendedor-instalador, contra el comprador, que opone como excepción la prescripción de la acción ejercitada, por estimar aplicable el plazo de tres años previsto en el art. 1967.4 CC, pues según su criterio el contrato celebrado era una simple compraventa, frente al plazo general de quince años previsto en el art. 1964 CC.

El Tribunal Supremo estima que el contrato discutido no es un simple contrato de compraventa, al que sería de aplicar el plazo prescriptivo de tres años del art. 1967.4 CC, sino que, por el contrario, es un contrato mixto de venta de los hornos de fusión contratados y de arrendamiento de obra, consistente en la instalación y montaje de aquéllos, carente de regulación positiva en nuestro sistema, pero admisible con base en la autonomía privada consagrada en el art. 1255 CC y, desprovisto, consiguientemente, de un término especial de prescripción, por lo que había que emplear lo dispuesto en la segunda parte del art. 1964 CC, a cuyo tenor, la acción derivada del mismo prescribe a los quince años. Sigue diciendo el Alto Tribunal, que sin dejar de aplicar –en lo aplicable-, la normativa del contrato de compraventa, ésta es perfectamente compatible con la unión a un contrato de arrendamiento, entendido como locación de una actividad o servicio, en el caso de que lo sea de obra. Considera que el principal problema del contrato mixto no es el de su admisión, sino el de su regulación, siendo conocidas al respecto, las tres direcciones doctrinales que iniciadas en Alemania, se desarrollaron en Italia y España: en primer lugar, la de la absorción o prevalencia, según la que serán de aplicar las reglas del contrato cuyos elementos sean predominantes, que absorbería a los demás; en segundo término, la de la combinación, que postula una especie de “alfabeto contractual” consistente en tener en cuenta los elementos concretos, más que el contrato nominado del que derivan y, finalmente, una ecléctica, partidaria de utilizar uno u otro criterio, según la combinación de elementos que intervengan en cada caso particular; siendo de observar que la tendencia

[300] En igual sentido, vid. FUBINI, R., “Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)”, en *RDP*, 1931, pág. 12.

moderna rechaza las tres posturas volviendo al viejo principio de la analogía, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo con la voluntad de las partes, sin que la preferencia de uno o de otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo la solución, en última instancia, de lo que decida con su prudente arbitrio, la autoridad judicial. Así dado que se está en presencia de un contrato mixto y no de una simple compraventa no puede sostenerse que es de aplicar el plazo prescriptivo de tres años, sino el de quince años del art. 1964 CC, por carecer en la Ley de uno específico.

2.- EL RÉGIMEN DE LA COMPRAVENTA DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN.

Como dice MORALES MORENO[301], en la calificación de un contrato, no siempre es posible llegar a establecer su total identificación estructural con un determinado tipo legal. Ello es debido, fundamentalmente, al libre juego de la autonomía de la voluntad y a la concreción de los intereses que, en cada caso, se han puesto en juego, pero, además, a la osificación experimentada por el tipo legal, que no evoluciona al ritmo de las necesidades de cada momento. Así, hay negocios a los que, por su aparente tipicidad, se les aplica una calificación, sin tomar en cuenta determinadas peculiaridades que, aunque no transformen esencialmente su naturaleza, deben ser consideradas al establecer su régimen jurídico. Es lo que ha ocurrido con la venta de pisos en construcción, al considerarse como un tipo específico de compraventa, sometido, por ello, al régimen jurídico igual y común, desconociendo la naturaleza compleja o mixta del contrato.

En principio, pues, la venta de un piso en construcción está sometida a las normas comunes de la compraventa, debiendo acudir a los artículos 1445 y siguientes del Código civil. Pero fijémonos que se adquiere una cosa que espera hacerse o que está haciéndose. La circunstancia de encontrarnos ante un objeto en formación o gestación da lugar a que su adquisición moldee un título jurídico especial, a que su compraventa revista peculiaridades, especialidades.

El contrato de venta por el sistema “sobre plano” o venta de vivienda nueva se podría definir como aquel contrato mediante el cual el promotor-vendedor o promotor-constructor vende una vivienda, piso o local, un inmueble en definitiva, la mayor parte de

[301] Vid. “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en *ADC*, 1982, págs. 669-670.

las veces, antes de empezar a construirlo y siempre sin terminarlo, obligándose a construir y entregar. En contraprestación, el comprador paga una cantidad inicial a la firma del contrato de compraventa y se compromete a realizar una serie de entregas periódicas en concepto de pagos parciales del precio total de compra, que serán invertidas por el vendedor en la construcción del inmueble vendido, siendo lo habitual que el último pago se realice coincidiendo con la entrega de aquél. La peculiaridad de este contrato es que se vende un objeto inexistente, aunque perfectamente determinado por su descripción conforme al plano que se ofrece. Además, el vendedor goza necesariamente de plazo para la entrega, mientras que por el contrario el comprador inicia el cumplimiento inmediato de la prestación. Como consecuencia del plazo, hay una parte que recibe inmediatamente la prestación debida sin cumplir de modo actual lo que le incumbe y otra que sólo será satisfecha después de haber cumplido y aumentado con su prestación el valor del patrimonio de su deudor. Es la parte que concede plazo a la otra, pero realiza su prestación con anterioridad, quien soporta el riesgo de incumplimiento y, por ello, quien necesita mayor protección jurídica.

A) La compraventa de un piso en construcción no es una venta condicional o emptio rei speratae. Es un contrato mixto o complejo.

La configuración jurídica del contrato de compraventa de pisos en proyecto o en estado de construcción no constituye una *emptio rei speratae* o compraventa de cosa futura, en la medida en que reduzcamos este concepto de tal forma que sólo pueda englobar aquella venta que se celebrada sobre un bien que se espera según el curso natural de las cosas, pero que no existe todavía al celebrarse el contrato y a cuya existencia subordinan las partes el mismo[302]. Nos parece que tal enfoque, hoy día, no responde a la

[302] Son contrarios al carácter condicional de la venta de un piso en construcción: LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir", en op. cit., pág. 281. MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, op. cit., pág. 9: si bien la construcción condicional es tentadora, esta construcción debe ser descartada porque siendo el objeto elemento esencial del contrato, no puede serle aplicado el tratamiento de los elementos accidentales, como lo es la condición. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, op. cit., pág. 181. También HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, sostiene que el negocio no es condicional, aunque la cosa no exista en el momento de la perfección del contrato, (vid. "Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996", en op. cit., págs. 236-237). Igualmente, ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, op. cit., págs. 356-357. En igual sentido se pronuncia FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., "La compraventa de cosa futura", en op. cit., págs. 99 y 100. GARCÍA-ARANGO DÍAZ SAAVEDRA, C., "La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción", en op. cit., pág. 940. SEMINARIO DE ARAGÓN, "El tráfico jurídico de pisos o departamentos en edificio por construir ante el Registro de la Propiedad", en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 62, octubre 1971, pág. 554-555.

intención de los interesados[303]. Es cierto que se trata de una compraventa que reviste una cierta especialidad, residiendo esta singularidad en el objeto y en la finalidad perseguida. En el objeto, porque se compra un piso que forma parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal que se encuentra en construcción, y donde el soporte básico de la propiedad horizontal lo constituye el solar o terreno sobre el que se construirá el edificio[304], que, naturalmente, existe desde el inicio y es la plataforma indispensable sobre la que se articula el propio régimen horizontal y las titularidades reales a él conexas.

En cuanto a la finalidad, porque la motivación última, contemplada por las partes al contratar, es el acceso a la propiedad de la vivienda o local de un edificio todavía en construcción a la celebración del contrato, pero que está en proceso y trayectoria ascendente para materializarse definitivamente, concurriendo unos presupuestos jurídicos de indudable trascendencia real: propiedad del solar, decisión de construir, formulación y aprobación del proyecto, constitución documental del régimen de propiedad horizontal e iniciación de las obras.

En el supuesto que nos ocupa la futura materialidad de la cosa objeto de la prestación es asumida como obligación por una de las partes. Ello supone que si la cosa no alcanza existencia habrá incumplimiento contractual. Este matiz es importante porque cambia los efectos jurídicos para el supuesto en que la cosa no llegue a existir. En general, en la compraventa de *rei speratae* si la cosa no alcanza existencia el contrato es ineficaz; en el supuesto que nos ocupa, en cambio, el contrato es eficaz, se produce un incumplimiento imputable, en cuanto al juicio de responsabilidad, al sujeto, salvo caso fortuito o fuerza mayor, por lo que se podrá resolver el contrato *ex*. artículo 1124 CC.

Igualmente RIVAS ANDRÉS ("Permuta de solar por obra futura: los plazos, las condiciones potestativas y la Resolución DGRN de 28-2-1994; algunas otras cuestiones y posible modelo", en *Boletín Informativo de la Academia Granadina del Notariado*, t. II, núm. 168, diciembre 1994, pág. 3268) considera que la obligación de realizar y entregar la obra, no es efectivamente una auténtica condición; lo que ocurre es, que en este tipo de contratos, el plazo actúa como término suspensivo, pues, mientras no llegue ese día ni el deudor tiene el deber de, ni el acreedor el derecho a exigir la adjudicación de la obra.

[303] En el mismo sentido vid. SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J., GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores", en op. cit., pág. 134. También MUÑOZ DE DIOS, G., "El fraude en la compraventa de viviendas futuras...", en op. cit., pág. 1062.

[304] La adquisición de terrenos edificables destinados a la construcción de edificios o unidades orgánicas de construcción en régimen de propiedad horizontal debería ser objeto de una regulación específica sobre la base de que el suelo tiene desde el principio el carácter de elemento común, estableciendo con claridad sus consecuentes efectos en los órdenes de Derecho civil, registral y tributario. En este sentido, vid. las conclusiones quinta y sexta del *Acta de las sesiones de trabajo celebradas por las comisiones de estudio del I Simposio sobre Propiedad Horizontal*, organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante, Valencia, octubre 1972, pág. 123.

A diferencia de lo que ocurre en la venta de frutos futuros o pendientes, donde el comprador puede obtener la ejecución forzosa de la obligación del vendedor de cortar o separar los frutos de la cosa madre, podría parecer que en caso de incumplimiento del vendedor de construir el inmueble vendido, el comprador no podría hacer otra cosa que demandar al vendedor el resarcimiento de los daños. Por ser la obligación de construir tal obligación y no simple condición del contrato de venta de cosa futura, cabría afirmar la exigibilidad judicial[305] del cumplimiento a costa del promotor-vendedor o promotor-constructor, dada la normal fungibilidad de su cumplimiento[306] y atendiendo al caso concreto planteado. Al menos, desde el punto de vista teórico no vemos razones que excluyan que la obra pueda ser realizada, a costa del vendedor, por otro constructor; de tal forma, que una vez que quedase concluida la construcción del edificio, éste pasaría del patrimonio del vendedor al del adquirente, que de esta forma encontraría una más completa satisfacción, frente al sólo resarcimiento del daño.

En nuestra opinión en el contrato de venta de piso en proyecto o en construcción la obligación del vendedor no se concreta en la entrega de la cosa, cuando ésta llegue a existir, ya que para que ello ocurra es necesario que el vendedor despliegue una actividad orientada precisamente a que la cosa (el piso) exista. Esto evidencia, que el tratamiento del contrato como compraventa sometida a condición suspensiva, es notoriamente insuficiente[307]. La compra de una cosa a construir (máquinas, pisos), no queda sujeta a

---

[305] SAPENA TOMAS, CERDA BAÑULS, y GARRIDO DE PALMA, "Las garantías de los adquirentes de viviendas...", en op. cit., pág. 145. RIZZIERI, A., *La vendita obligatoria*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, págs. 237-238.

[306] A la hora de regular el cumplimiento el art. 3.6 de la Ley del Parlamento de Cataluña 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, establece el carácter no personal de la obligación del cesionario, pues salvo pacto en contrario, la actividad de construcción puede ser realizada y entregada por persona distinta del cesionario.

[307] También BATISTA MONTERO-RÍOS considera que la venta de piso en construcción es un negocio atípico de arrendamiento de obra y venta, al que llamamos de compraventa, pero en el que, previa a la fundamental obligación de dar, hay otra de hacer. De tal forma que superando el espejismo inicial, nos encontramos ante un verdadero contrato mixto, en el que existe una causa mixta o compleja, formada por la unión de dos formas contractuales, y su regulación debe realizarse a base de la combinación de ambas, pero no una combinación meramente económica, sino hecha con criterio orgánico (vid. "Las servidumbres a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir", en *RDP*, marzo 1962, págs. 199 y 200). En el mismo sentido, PASTOR VITA, a propósito de la naturaleza de la permuta de solar por obra futura, destaca como la circunstancia de que el edificio carezca de existencia, imprime a este contrato un contenido especial, ya que habrá que tener en cuenta la actividad de la persona que habrá de ejecutar la edificación, esta obligación de construir es una obligación de hacer que el autor considera esencial, rechazando el criterio que la concibe como una prestación subordinada de obra, se trata de un contrato mixto (*vid.* "Cesión de solar por pisos y locales futuros: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 98, enero-febrero 2002, págs. 262-263). Igualmente, DAGOT, M., *La vente d´immeuble à construire*, op. cit., págs. 76 a 81. También LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro...", op. cit., pág. 281. Vid. DE CASTRO Y

condición, la obligación de construir es una obligación pura, incondicionada por sí misma (excepto pacto especial que las someta a una verdadera condición) del llamado vendedor. Lo futuro de la construcción es una modalidad de la obligación de entrega, conforme a la complejidad del negocio. Frente al contrato de compraventa típico que da lugar a las obligaciones mutuas de entrega de la cosa y del precio con arreglo a lo dispuesto en el Código civil, en los contratos de compraventa complejos habría de interpretarse la voluntad de la partes para saber qué obligaciones y derechos se han pactado y, en su caso, determinar qué normas propias de otros tipos de contratos –aparte las de la compraventa- habrán de aplicarse y cómo combinar unas y otras del modo más adecuado. Así, en la venta en la venta de cosa a construir, habrá obligaciones propias de los contratos de arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra [308]. Por otro lado, la obligación de edificar que consiste en producir aquello que se ha comprometido a entregar, nos permite excluir el tratamiento del negocio celebrado como un contrato en vías de formación, o una promesa de compraventa[309].

BRAVO, "El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática", en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, octubre-diciembre 1976, págs. 1151 a 1153.

[308] Ante la necesidad de justificar la obligación de construir que recae sobre el vendedor, se ha acudido a distintas construcciones. Algunos autores han visto en la venta de piso en proyecto un contrato de compraventa que comporta como prestación subordinada la de construir el piso que se vende, como medio de realizar y posibilitar la prestación principal de la venta. Por eso se aplicará en primer lugar el Derecho del contrato de compraventa, y a título complementario, y con referencia a la obligación de construir el piso, procederá aplicar reglas del contrato de obra, siempre que esas disposiciones tengan su fundamento en la naturaleza de la obligación de construir y el fin del contrato de venta no exija una desviación; es el caso de MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, op. cit., págs. 55 a 63. También se han pronunciado partidarios de la posición anterior al comentar la dimensión puramente obligacional del contrato de venta de piso en proyecto DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, GARRIDO CERDÁ, y SOTO BISQUERT, "Modalidades en...", en op. cit., pág. 189. Otros autores, lo han considerado como un supuesto de contratos conexos. En un número estimable de casos, la venta de un edificio o de los diversos pisos que lo componen va inmediatamente precedida de su construcción; o sea, se venden viviendas o locales nuevos, recién edificados, que estrenan los compradores. Cuando esto ocurre, ha sido precisa la celebración de varios contratos, que son, fundamentalmente, un contrato de obra y una compraventa, porque de lo que se trata en estos casos es de construir para después vender. Así pues, la edificación y la compraventa del inmueble forman parte de una misma operación económica. Entre los contratos referidos existe una clara conexión o imbricación, porque la conclusión de la obra tiene por finalidad última la adquisición de lo edificado por terceros y, a su vez, esta adquisición posee como presupuesto necesario (con el que cuentan los compradores) la construcción del edificio (vid. LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos...*, op. cit., pág. 175).

[309] STS 17 de febrero de 1967 (RJ 735): El Tribunal Supremo resuelve la cuestión estimando que los pisos se compraron en firme, aunque se sometiera la consumación del contrato a que la casa en que debieran estar ubicados fuera construida. "Es evidente que los convenios quedan tipificados como de compraventa de cosa futura y nunca como de promesa de venta que exigirían, en el caso contemplado, que la propietaria solo se hubiera obligado a reservar y exhibir los pisos cuando estuvieran edificados para que la demandante pudiera ocuparlos a su satisfacción, en el precio previamente señalado o en el que resultara con los módulos normales de construcción, o sea, expresando una voluntad de comprar y de vender para el momento de estar la construcción terminada".

Es cierto que el deber que asume el vendedor de edificar el inmueble vendido lo aproxima al contrato de obra, si bien, el vendedor de un inmueble por edificar no tiene porque asumir tal obligación de construir personalmente, se podría decir que su obligación consiste en "hacer construir". En el contrato de obra, es el contratista quien –sin perjuicio de la posibilidad de subcontratar determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato (*cfr*. art. 11.2.e. LOE)-, se obliga a ejecutar el trabajo convenido. En la venta de inmueble a construir poco importa si el vendedor construye directamente el edificio, actuando como promotor-constructor, o bien, se realiza la construcción de la edificación proyectada mediante la celebración de los correspondientes contratos de obra con un constructor. Sin olvidar, que dado que es un contrato que supone la posibilidad de edificar, esto trae consigo la existencia de una disciplina legal –la licencia-, que viene a individualizar el objeto y a implicar unas exigencias de armonía con la conducta exigida.

Sin perjuicio de lo anterior, es el aspecto de la venta el que, en última instancia, prevalece y debe ser preferente. Las razones para resaltar el carácter primordial de las obligaciones que derivan de la venta sobre la obligación de construir, son de una parte, el papel fundamental y preeminente del terreno en el Derecho inmobiliario, no hay inmueble sin terreno, al menos en nuestra época. Dado que existe transmisión de la propiedad del terreno mediante precio, no puede haber mas que venta, el aspecto del contrato de obra no puede ocultar lo que es fundamental en todo el Derecho inmobiliario, la transmisión de la propiedad del terreno, y por vía de consecuencia, de todo lo que se encuentre edificado sobre él.

B) La obligación de hacer y entregar la cosa terminada.

El Derecho francés en el artículo 1601.1 del *Code civil* (L. núm. 67-547 de 7 julio de 1967) define la venta de inmuebles a construir como aquélla por la cual el vendedor se obliga a edificar un inmueble en un plazo determinado en el contrato, tipificando tal contrato, en sus dos modalidades, ya sea la venta en estado de futura terminación o la venta a término, como ventas especiales, en las que destaca la obligación de edificar que adquiere la parte vendedora.

Si bien, el artículo 1461 CC, enuncia como obligaciones fundamentales del vendedor, la entrega y el saneamiento, cuando se compra un piso aún no terminado, que

todavía no se considera apto para ser una vivienda y se compra al promotor-vendedor o constructor, éste tiene una obligación de hacer, indisolublemente unida a la obligación de entregar. Se podría decir que a las obligaciones propias de todo vendedor, se suma la obligación específica de conjugar los diversos componentes materiales y de trabajo que integran el proceso constructivo, incorporándolos al elemento estático, el suelo, para conseguir el resultado propuesto, que es la edificación y entrega de lo edificado.

Dado que se compra una cosa en formación y se compra para lograr vivir en ella, esta ansiada meta final implica la necesidad de hallar regulación jurídica adecuada a la obligación de hacer del vendedor, para lo que parece evidente el acudir, en defecto de estipulación claramente pactada, a la normativa legal del contrato de obra, o al menos, a tenerla presente.

Siguiendo este hilo argumental, en cuanto a la obligación de hacer, el promotor-vendedor o constructor, está obligado a construir el piso, y ello conforme a las condiciones estipuladas, es decir, deberá ajustarse al proyecto base y las condiciones concertadas, sin alteraciones y de acuerdo con lo convenido (art. 1588 CC). Y si la obligación de hacer no se plasma expresamente en el contrato, aun así, se deduce de la *ratio* económico-jurídica, del fin perseguido por el contrato: comprar un piso para vivir en él.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la Ley de ordenación de la edificación, que atribuye al promotor un papel central en el proceso de edificación. Es el que decide, impulsa, programa y financia la construcción, asumiendo en este proceso un elenco de obligaciones que enumera el artículo 9.2 LOE, algunas de las cuales son verdaderas obligaciones que asume el promotor frente a los adquirentes, tales como la de suscribir los seguros del artículo 19 y entregar, en su caso, la documentación de la obra ejecutada o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes [letras d) y e) del art. 9]; otras son compromisos del promotor frente a otros copartícipes en la edificación, como la de facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de la obra las posteriores modificaciones del mismo, también la de gestionar u obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas y suscribir el acta de recepción de la obra [letras b) y c) del art. 9], y lo que son descripciones de situaciones habituales en la promoción inmobiliaria, pero que no tienen que darse necesariamente, como es ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir sobre él [letra a) del art. 9].

En esta enumeración, la obligación de construir no aparece mencionada expresamente, con todo, dada la configuración jurisprudencial y doctrinal del promotor como animador del proceso edificatorio, como coordinador de los distintos agentes que intervienen en la construcción, tal compromiso queda embebido en dicho inventario, con independencia de que ejecute material y directamente la labor (promotor-constructor), o celebre un contrato de obra con un tercero para la realización de la edificación (promotor-vendedor).

Es por ello que el promotor-vendedor no se puede desvincular, en ningún momento, de la obligación de entrega[310] y de la obligación de que llegue a buen término la obra de la que es el principal responsable. Tal vez esta vinculación a tal obligación de entrega es lo que se quería recalcar en la versión del Proyecto (*BOCG, Congreso*, Serie A, núm. 163-1, de 15 de junio de 1999), que recogía, entre las obligaciones del promotor, en su artículo 9.2.c), la de transmitir la titularidad mediante el otorgamiento de escritura pública[311].

C) La importancia del tiempo.

Otro dato del que no se puede prescindir a la hora de describir esta figura es de la existencia de un plazo de tiempo entre la perfección de la venta y su consumación, unido a la existencia de un cumplimiento anticipado por parte del adquirente en su obligación de pagar el precio, cosa que no ocurre en la venta de vivienda terminada, ya que siempre es posible el cumplimiento simultáneo de la prestación del vendedor y el comprador. Es por ello que en la venta de pisos en construcción el vendedor debe asegurar la devolución de las cantidades anticipadas por el comprador, de acuerdo con la Ley 57/1968, de 27 de julio, dado que siempre existe el riesgo de que la obra no se realice o no se concluya en el plazo previsto.

Cuando las partes no tienen motivos para dejar en suspenso o sumir en incertidumbre el valor vinculante del negocio, y sí, en cambio, interés en diferir en el

[310] En este sentido, vid. STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 6976), y SAP de Cantabria, de 28 de febrero de 2001 (AC 225).

[311] Esta obligación desapareció con la enmienda del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV). Vid. enmienda núm. 26, *BOCG, Congreso*, Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

tiempo su realización práctica haciéndolo comenzar en una cierta fecha, lo pueden obtener imponiéndole un término[312].

Dentro de las distintas funciones y tipos de término, se ha distinguido entre término de eficacia y término de ejecución[313]. En el primer caso, la eficacia del negocio puede limitarse por los contratantes de manera que los efectos del convenio se produzcan a partir de un cierto momento –o duren solamente por un determinado período de tiempo-. Quienes llevan a cabo el negocio quieren, en este caso, que los efectos del mismo se subordinen a la llegada de un cierto día que se señala como término inicial (*dies a quo*) de la eficacia del contrato.

Junto a este término de eficacia de los negocios jurídicos –y a diferencia de lo que es propio de las disposiciones *mortis causa* a título de herencia en que sólo es posible este

[312] La condición y el término tienen en común: el ser elementos accidentales del negocio jurídico, imposibles de subsistir *per se*, por cuanto sólo tienen valor incorporados a un negocio; el ser circunstancias que se desenvuelven en el tiempo; el consistir en acontecimientos futuros. La diferencia entre término y condición suspensivos, se revela en que el término carece de aquella nota de incerteza o incertidumbre que caracteriza a la condición, y ello aunque puede ser imprecisa la fecha. La vida de la relación jurídica sujeta a término es segura, por lo que no es propio hablar de pendencia respecto al término, sino de vencimiento. Del término depende la exigibilidad, de la condición la eficacia. No tiene sentido plantear la cuestión de la retroactividad, puesto que el efecto del término se produce siempre *ex nunc*. En este sentido, BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., págs. 478-479. También DE ROVIRA MOLA, A., Voz "Condición", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, vol. IV, Barcelona, 1981, pág. 868.

[313] El profesor ALBALADEJO, diferencia dos posibles funciones que puede desempeñar el término, influir en la eficacia del negocio (entendida ésta exclusivamente como producción de los efectos de dicho negocio); y atañer, únicamente, al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones ya producidos, que hayan sido los efectos del negocio. En la primera hipótesis, se trata de término de eficacia o esencial; en la segunda, de término de ejercicio o de ejecución del negocio, y entonces, en rigor, no se podría hablar de un negocio a término, ya que, no es el negocio lo que pende del término, sino su ejecución. Por eso, algunos autores entienden que este tipo de término no es una modalidad del negocio, sino de su cumplimiento. Que en el supuesto concreto nos encontremos ante uno u otro tipo de término, depende de lo querido por el sujeto o sujetos del negocio, pero ambos tipos aparecen contemplados en nuestra Ley. Se refiere al primero el art. 805 CC; y al segundo el art. 1125 CC, al establecer que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue. Habitualmente, en materia sucesoria es de eficacia el término establecido, y en materia de obligaciones, de ejecución (ALBALADEJO, M., "Condición, término y modo", op. cit., págs. 76-77). Tal concepción no es seguida por toda la doctrina, así, DÍEZ-PICAZO, -en nuestra opinión muy acertadamente- se muestra contrario a esta idea del término como requisito de eficacia, ya que, el término no es nunca un impedimento de los efectos del negocio, sino una causa de limitación de una parte de ellos, o, casi mejor, de dilación en cuanto a su ejercicio (vid. *Fundamentos ...*, tomo II, op. cit., pág. 326). También ha sido criticada por MONTÉS PENADÉS, por considerar que carece de coherencia interna, en cuanto deducida de una forzada simetría entre la condición y el término suspensivo –no siempre sostenible, a su entender, en virtud de lo que disponen los artículos 1125.2 y 3 y 1126, en relación con el artículo 1121.2 CC, de cuyos dos últimos principalmente, resultaría que la pendencia de la condición afecta al nacimiento del vínculo y el término, en cambio, sólo al cumplimiento y a la exigibilidad de la obligación-, y, en cualquier caso, por entender que se revela como poco consistente en cuanto a su concreta trascendencia práctica. Su crítica se presenta, de todas formas, con un carácter muy matizado, pues no obstante ello y significar que "no parece que esta distinción tenga apoyo directo en los preceptos del Código civil", dicha diferenciación opera con carácter general en sus planteamiento básicos acerca de la noción de término y sobre la diversidad o pluralidad de funciones que convienen a la determinación temporal en la relación obligatoria.

tipo de término-, en los contratos puede haber otra clase de término, que se refiere al momento en que debe realizarse la prestación que es propia del vínculo obligatorio nacido del convenio. En este segundo supuesto, las partes contratantes no quieren limitar la eficacia del negocio, sino que sus efectos obligatorios surjan inmediatamente, aunque determinando el momento en que ha de tener lugar la prestación prevista en el contrato. Como el término no limita aquí los efectos del negocio y su finalidad se concreta a la fijación del momento preciso en que la obligación derivada del contrato se debe cumplir, este tipo de término ha sido denominado por la doctrina término de cumplimiento, de ejecución o también término de vencimiento de la obligación[314].

Cuando los contratantes establecen un vínculo obligatorio y señalan el momento en que la prestación ha de ser objeto de cumplimiento, se dice que la obligación es a plazo o que está aplazada, porque no es exigible desde su constitución, siendo el efecto del plazo retardar el cumplimiento de la obligación, hasta que aquél venza. Ahora bien, la inexigibilidad del crédito no significa inexistencia del derecho, sino simplemente el aplazamiento de su ejercicio. A este supuesto se refiere el Código civil, cuando dispone el art. 1125.1, que "las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue". Consideramos que el hecho que el objeto sea futuro, la única peculiaridad que supone, fundamentalmente y tratándose de una venta de un piso en construcción, es introducir el tiempo en el contrato, es decir, se dilata el momento en que tendrá lugar la presencia del objeto. Desde este punto de vista, consideramos que en la venta de pisos en construcción, al tener la venta como objeto una cosa futura que habrá de nacer por obra del hombre, la idea de plazo desempeñará un papel importante. Pero no se tratará de un plazo de eficacia del negocio, sino de un plazo de ejercicio, no sería el negocio el que pendiese del plazo, sino su ejecución o cumplimiento.

[314] Si bien ambos tipos de términos, de eficacia y de cumplimiento, son, en principio, aponibles a los negocios *inter vivos*, si así lo deciden las partes en el ejercicio de su autonomía negocial; en ocasiones puede ser difícil determinar si los contratantes han estipulado un término de eficacia del negocio o un término de ejecución de la obligación, lo que habrá de dilucidarse mediante la interpretación de las palabras que a él se refieran, en las que habrá de tenerse especialmente en cuenta la naturaleza, las circunstancias y la finalidad de la convención (art. 1286 CC). Si persistiera la duda, ha de entenderse, que se trata de un término de cumplimiento o de ejecución, no sólo porque este tipo de término es, con mucho, el más frecuente y el único contemplado en la Ley (a él se refieren los artículos 1125 a 1130 CC y la Ley 519 de la Compilación de Navarra), sino porque, si alguna cláusula del contrato tiene varios sentidos en cuanto a su eficacia, se debe interpretar siguiendo aquél que permita que el negocio sea definitivamente eficaz en su contenido típico y de acuerdo con su función económica (art. 1284 CC). En este sentido vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., (edición revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ, F.), *Elementos de Derecho civil* II, vol. I, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 471-472.

El plazo de edificación es plazo de ejecución de las prestaciones, no de eficacia del negocio.

En la compraventa de edificio futuro no podrá decirse que todo el negocio se halle sujeto a término, porque como consecuencia de mismo el vendedor queda obligado a desplegar desde ya, una actividad que permita conseguir la construcción del edificio precisamente antes de cierta fecha. Lo anterior no implica contradicción alguna, pues hay que tener en cuenta que el término puede referirse a la entera relación obligatoria considerada como unidad, pero también puede referirse a un singular derecho de crédito o deber de prestación, que no constituyen la entera relación obligatoria sino, simplemente, una parte de ella. Así, la compraventa de un piso en construcción es un contrato sometido a plazo o término, en virtud del cual, se celebra hoy un contrato de venta de un piso en construcción y se estipula que el comprador debe pagar una cantidad inicial, estableciéndose como plazo la firma del contrato privado de compraventa; además, éste se compromete a realizar una serie de entregas periódicas en concepto de pagos parciales del precio total de compra, en distintas fechas, previas a la entrega del piso. Por otro lado, se estipula otro plazo para el comienzo de la construcción y otro para la entrega de la obra, enteramente construida. Momento que coincide con el pago del importe restante, el otorgamiento de la escritura pública de venta, a la que, habitualmente, sigue la entrega de llaves, previa subrogación, en la mayoría de los casos, en el correspondiente préstamo hipotecario. Cada una de dichas fechas opera como término suspensivo, que no se refiere a la entera relación obligatoria, sino a particulares derechos de crédito y deberes de prestación agrupados o integrados en la relación[315].

D) El problema de los riesgos.

Cuando se contrata sobre un piso en construcción, debería admitirse, que fueran los propios contratantes quienes decidieran aproximar, en mayor o menor medida, la regulación de sus relaciones al modelo condicional del contrato de venta de cosa futura, previendo la transmisión de la propiedad sólo en el momento en que la obra esté concluida. O bien, la posibilidad de anticipar dicha adquisición, acudiendo al otorgamiento de escritura pública desde el inicio. Está claro que existen distintas consecuencias jurídicas

[315] Igualmente LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1967, págs. 281-282.

según la opción que se elija. Así, por ejemplo, en la medida en que se anticipe la adquisición de un derecho de eficacia *erga omnes* por parte del comprador (que no tiene que ser, necesariamente, un derecho de propiedad), éste queda protegido frente a los posibles embargos que puedan dirigirse contra el promotor por parte de sus acreedores. El problema se plantea a la hora de determinar si también se le trasladan los riesgos por pérdida de la cosa. Como tendremos ocasión de exponer, no consideramos que los hechos se produzcan de esta manera. La circunstancia de reconocer al comprador de un piso en construcción un derecho revestido de cierta eficacia real, no implica que deba soportar ni el riesgo que representa que la cosa no llegue a finalizarse, ni mucho menos, el llamado *periculum* o riesgo contractual que contempla el artículo 1452 CC.

El *periculum* en la compraventa de cosa futura, no sólo es origen de interesantes cuestiones prácticas, sino que constituye también, un medio útil de constatar la naturaleza del contrato. Previamente, vamos a formular algunas previsiones[316]. Dado que defendemos la consideración de la venta sobre plano como un contrato complejo o mixto, cabe que nos planteemos qué problemas pueden surgir durante la ejecución de la obligación de hacer, siendo especialmente importante el relativo a la determinación de quién ha de correr con los riesgos de la construcción, entendiendo por tales riesgos la pérdida o destrucción de la edificación, antes de su entrega.

Con la expresión *periculum rei venditae*, se trata de saber quién pierde la cosa o soporta el riesgo de tal pérdida (*periculum interitus*), o bien, quién soporta el riesgo del deterioro de la misma (*periculum deteriorationis*). Ello sólo puede darse en cosas existentes, al menos en alguna medida. Si una cosa no existe mal puede perderse o deteriorarse[317].

Por otra parte, y como especifica ALONSO PEREZ[318], el riesgo en la compraventa, como entidad problemática se plantea antes de la entrega de la cosa. Después ya nos moveríamos en el ámbito de una titularidad posesoria o dominical. El *periculum rei* supone

---

[316] Para estas ideas generales nos basamos en los textos de ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972. BADENES GASSET. R., *El contrato de compraventa*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 283 y ss. ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs. 143 y ss. BÉRGAMO LABRÉS, A., "El riesgo en el contrato de compraventa", en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Conferencias del cursillo del año 1946*, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1947, págs. 157-160.

[317] En este sentido, CALONGE MATELLANES, A., "La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana", en op. cit., pág. 1125.

[318] ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo...*, op. cit., págs. 93 y ss.

siempre una disminución o pérdida patrimonial para el propietario, poseedor o titular jurídico de la cosa. Considerado en sí mismo, no es indispensable, para su comprensión la existencia de dos partes de una relación jurídica obligatoria.

El *periculum obligationis*, en la compraventa, representa el riesgo del precio o de la contraprestación, pudiendo resolverse, al menos teóricamente, de dos modos diversos: *periculum est venditoris* o *periculum est emptoris*. En la compraventa, más que el *periculum rei*, que determina quién ha de soportar la pérdida de la cosa, interesa el *periculum obligationis*, en el sentido de la repercusión que tiene la imposibilidad sobrevenida e inimputable de que el vendedor cumpla, sobre la contraprestación debida por el comprador. Es decir, se trata de determinar si extinguida la obligación de entrega y liberado el deudor-vendedor, debe el otro contratante pagar el precio o no. Sobre este tema, hay que destacar que mientras que se acepta comúnmente que el riesgo de deteriorarse la cosa objeto del contrato sea del comprador, en virtud del principio *cuius commoda, eius est incommoda*. Tal unanimidad no existe respecto del *periculum interitus*.

Respecto al supuesto de hecho constituyente del riesgo o *periculum*[319]: se requiere un evento en el que no ha incidido culpa o negligencia, ni morosidad atribuible a ninguna de las partes. El supuesto que se contempla supone una conducta auténticamente limpia de toda culpa de los interesados. Pues la incidencia de culpa, desplaza sobre el culpable o moroso las consecuencias del evento. Respecto al daño en cuestión, se requiere que por su magnitud bien pueda provocar la pérdida o destrucción total de la cosa, bien puede provocar una deterioración. Debe equipararse a la pérdida total, la parcial o el deterioro que signifiquen privación de alguna cualidad o característica que era esencial para la obtención del fin práctico perseguido por el contrato, siempre que este fin sea objetivamente resultante de la misma convención y conocido con tal carácter por ambas partes. En cuanto al agente del daño, puede ser debido, tanto a un acontecimiento que, por rebasar los límites del desenvolvimiento normal de los hechos, resulta imprevisible para la persona respecto a la cual se verifica, como por la implacable actuación de energías naturales o humanas que el sujeto hacia el que se enfilaban no pudo resistir.

Y, entre estas últimas, ha de incluirse lo que la tradición jurídica romana llamaba "hecho de tercero", fórmula genérica que engloba, no sólo la violencia y demás actos

[319] Sobre este tema vid. PINTÓ RUIZ, J. J., "Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*", en *RJC*, núm. 4, octubre-diciembre, 1975, págs. 708 a 714.

arbitrarios e injustos que hacen imposible, sin culpa del deudor, la prestación prometida, sino también, los actos legítimos realizados por autoridades o por funcionarios dentro de la órbita de sus ministerios[320]. Precisamente en este tema, la excesiva e inquieta movilidad de las situaciones urbanística de las fincas, es susceptible de provocar una verdadera inseguridad jurídica que puede repercutir negativamente en el tráfico.

Es frecuente en la práctica, que se adquieran inmuebles con una determinada finalidad urbanística que no se logra alcanzar. Ello puede deberse a que es falsa la apreciación de la realidad que tuvieron en cuenta las partes, o, al menos, una de ellas al contratar, por ejemplo, porque la normativa vigente en aquel momento impedía la construcción. O también, porque se produce, de modo sobrevenido a la celebración del contrato, un cambio de la realidad, que puede venir motivado por una modificación sobrevenida de la normativa urbanística relativa a los inmuebles. En el tratamiento de estos problemas, la jurisprudencia recurre a fórmulas variadas, como la imposibilidad sobrevenida de cumplir el contrato, la pérdida sobrevenida de su causa, entendida en sentido subjetivo o, si las circunstancias que impiden la edificación existían ya, en el momento de la celebración, se habla de error en cuanto vicio invalidante del consentimiento. Respecto del cambio sobrevenido de las circunstancias son menos numerosas las sentencias que aplican, a estos supuestos, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, dada la vigencia, en nuestro Derecho, de un principio superior, como es el *pacta sunt servanda*, según el cual los contratos deben cumplirse a tenor de los mismos, sin que hayan estos de alterarse por una modificación sobrevenida de las circunstancias[321].

Un supuesto habitual, tratándose de edificaciones, es el problema de imposibilidad de edificación por impedimentos urbanísticos y administrativos. En este caso, podríamos distinguir dos hipótesis: por un lado, la compraventa de una parcela con existencia física que se entrega, pero en la que existen problemas para su edificabilidad.

---

[320] BÉRGAMO LABRÉS, A., "El riesgo en el contrato de compraventa", en op. cit., págs. 157 y ss. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, tomo II, op. cit., págs. 591-592. PINTÓ RUIZ, J. J., "Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*", en op. cit., pág. 713.

[321] Sobre este tema, vid. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., "El cambio de la situación urbanística de los inmuebles", en *RCDI*, núm. 675, enero-febrero 2003, págs. 55 y ss. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "Compraventa de bienes inmuebles sujetos a vínculos urbanísticos (comentario a STS 23 octubre 1997)", en *RdP*, núm. 1, 1998, págs. 267 y ss; del mismo autor, "Remedios jurídicos con que cuenta el comprador de un inmueble afectado por limitaciones urbanísticas", en *Act. Civil*, referencia LX, 1999. MONFORT FERRERO, M. J., *Enajenación de terrenos no edificables y edificios fuera de ordenación*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1996.

Y por otra parte, la compraventa de un piso en un edificio a construir por el propio vendedor. En este último supuesto, la adecuación a la normativa urbanística, que permita la propia existencia, corre por cuenta y riesgo del vendedor-promotor o constructor. En principio, los impedimentos urbanísticos entrarían dentro del concepto de *factum principis*, que comprende los actos y decisiones de las Administraciones o Poderes públicos, en general, que son de necesaria observancia y que introducen un impedimento de prestación, pues, inicialmente, pueden parecer hechos, por completo extraños a la esfera de control del deudor, y, por consiguiente, genuinos casos de fuerza mayor. Sin embargo, se ha señalado, con razón, que el deudor está obligado, en virtud de los deberes de diligencia que ha asumido, a llevar a cabo las actuaciones necesarias para superar el eventual impedimento y, que puede ser responsable, si no agota los medios legalmente factibles o si, frente a las decisiones de una Administración, adopta una actitud de pasividad o de inercia. Por lo que el *factum principis*, no siempre constituye un supuesto de fuerza mayor liberatoria. Así, no lo será, cuando la diligencia exigible, según el contrato, obligue a prever o superar el impedimento. Incluso, a veces, si el impedimento es imprevisible, no existe liberación cuando el deudor sea un profesional, a pesar de que éste sea insuperable[322].

Resumiendo, el problema de los riesgos exige la pérdida o deterioro de la cosa vendida; que debe ser ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor y, es necesario que dicha pérdida o deterioro se produzca en el tiempo que media entre el otorgamiento de la compraventa y el de su consumación, o sea, el de la efectuación de la entrega o traspaso de la cosa vendida al comprador. El riesgo que corra la cosa antes de dicha celebración o,

[322] Vid. para los requisitos necesarios para la aplicación de la imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio, el litigio planteado en la STS de 30 de abril de 2002 (en *Actualidad Civil*, núm. 38, semana del 14 al 20 de octubre de 2002): se celebra en escritura pública un contrato de cesión suelo por vuelo edificado, y llegada la fecha de entrega, ésta no se lleva a cabo, debido a que empezadas las obras de excavación y cimentación son paralizadas por un procedimiento interdictal por existir en el subsuelo del inmueble objeto de la cesión unas bodegas. En la demanda se solicita se dé cumplimiento al contrato de cesión de solar por obra construida mediante la entrega de las viviendas y plazas de garaje pactadas como contraprestación, también se solicita la condena al pago de determinadas cantidades hasta que se produzca dicha entrega. A lo que se opone el cesionario-demandado alegando la imposibilidad de la entrega por razón de la paralización de las obras a consecuencia de las acciones interdictales ejercitadas por los propietarios de unas bodegas existentes en el solar; frente a este argumento, se estima por el Alto Tribunal en cuanto a la imposibilidad de cumplir, por un lado, se considera que no cabe considerar los procesos interdictales como causa de imposibilidad, pues los efectos de la suspensión se pudieron evitar previniendo o garantizando los eventuales daños (que constituyen la razón de ser de los interdictos) a que puede dar lugar la obra; además se podía haber propuesto un proyecto urbanístico alternativo al inicialmente confeccionado o una modificación que permitiera construir en la finca, se concluye que los demandados podían haber cumplido el compromiso asumido observando una mayor diligencia y adoptando el comportamiento que las circunstancias requerían.

después de entregada, los soporta, desde luego, su dueño, que será, respectivamente, el vendedor, antes, y el comprador, después[323].

La cuestión queda reducida a determinar si el comprador ha de pagar o no el precio, a pesar de no recibir la cosa comprada. En el primer caso se dice, *res perit emptori, periculum est emptoris*. En cambio, si queda exonerado de pagar el precio, se dice que entonces la pérdida la soporta el propietario, o sea, el vendedor, *res perit domino*.

Ahora bien, el riesgo en sentido técnico –lo que los juristas romanos denominaban *periculum rei venditae*- sólo contempla el caso de perecimiento de la cosa, lo que solamente puede darse en cosas existentes. Así, la imposibilidad de la venida a existencia de la cosa, no puede entrar en el concepto técnico de riesgo, de *periculum*, pues lo que no existe no puede perecer, unido a la circunstancia de que la futuridad de la cosa objeto de la compraventa, requiere una cierta viabilidad o esperanza de que dicha cosa llegue a producirse, es por ello, que aquí el *periculum* o riesgo de pérdida toma otro sentido[324].

a) Criterios seguidos para la imputación del riesgo en la compraventa[325].

Si el riesgo en la compraventa, como contrato con obligaciones correlativas, es un riesgo del precio o de la contraprestación, será necesario determinar, en líneas generales, desde qué momento el comprador debe pagar el precio a pesar de que la cosa no llegue a su

[323] Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, debemos excluir del área de los riesgos: 1) la carga del daño causado por el hecho o culpa de alguna de las partes, daño que, según los principios generales reguladores de las obligaciones, debe recaer sobre la parte que lo causó; y 2) la carga del daño causado por vicios inherentes a la cosa vendida, daño del que debe responder exclusivamente el vendedor, en virtud de la obligación de garantía que le imponen los artículos 1461 y 1474 y siguientes del Código civil.

[324] En este sentido, CALONGE MATELLANES, A., "La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana", en op. cit., pág. 1125. ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs. 151-152.

[325] Existen sentencias que distinguen la entrega desde la perspectiva más del cumplimiento que desde la perspectiva de la transmisión del dominio o posesión, es el caso de la STS de 19 de diciembre de 1986 (RJ 7683), que considera aplicable la cláusula penal pactada, a pesar de que ya se hubiese escriturado, al producirse un retraso en la entrega. Distingue claramente ambos conceptos de entrega, la STS de 6 noviembre de 1995 (RJ 8077), que señala que la tradición instrumental del artículo 1462.2 no es entrega a efectos de las acciones redhibitorias, sino que se requiere la entrega real. Con la tradición instrumental queda cumplido el requisito de la entrega a efectos traslativos del dominio, pero no es la entrega a que se refiere el artículo 1490 CC, cuando dice que los seis meses del plazo de caducidad de las acciones edilicias se contarán desde la entrega de la cosa vendida, pues dicha entrega sólo puede ser la real y física (no la ficta o la instrumental), ya que ella es la única que posibilita el que el comprador, a través del contacto inmediato y físico con la cosa comprada, pueda comprobar de *visu* si ésta adolece o no de algún vicio oculto (vid. el comentario a la sentencia de LETE DEL RÍO, J. M., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1995 ", en *CCJC*, núm. 40, enero-marzo 1996, págs. 393-405). También la STS de 13 de mayo de 1995 (RJ 4233).

poder por el perecimiento fortuito que hizo objetivamente imposible el deber de prestar de su vendedor.

En virtud del principio del contrato, el comprador sufre el riesgo de la contraprestación con la conclusión de la venta. De tal forma que, cuando concluso el contrato y antes de verificarse la tradición, la cosa vendida se pierde por caso fortuito (o se deteriora), la obligación del vendedor de entregar la cosa queda extinguida, quedando liberado éste y perdiendo el crédito consiguiente el comprador, quedando, a su vez, obligado a pagar el precio, ya que esta obligación subsiste intacta. Estamos ante el sistema romano[326] del *periculum est emptoris.* Sistema que es el seguido por nuestro Código civil en el art. 1452.

La solución en nuestro Derecho es tormentosa. La regla básica se contiene en el art. 1452 CC, dictado para regular el conflicto en el paradigma de las relaciones sinalagmáticas, que es la compraventa. Obsérvese, de entrada, que el precepto se refiere al "daño o provecho de la cosa vendida". No está hablando, directamente, del perecimiento total de la cosa, como ocurre por ejemplo en el art. 1122 CC, que distingue perecimiento y extravío del deterioro o menoscabo. El art. 1452 obliga al intérprete a un largo periplo: va, primero al art. 1096 CC, del que se deduce que en los supuestos de mora o doble venta, los casos fortuitos no liberan al deudor; pero poco más. Se sigue después hacia el art. 1182 CC, del que se obtiene la consecuencia de que el perecimiento fortuito de la cosa, salvo mora, extingue la obligación que consista en entregar una cosa determinada. La única regla del art. 1452 que puede ser claramente entendida, es la que contiene en su párrafo 3º, esto es, que no se imputará el riesgo al comprador, en la compraventa de cosas fungibles que se vendieran por precio fijado en relación al peso, número o medida, hasta que efectivamente se haya pesado, contado o medido. Ahora bien, deducir de esta regla, a contrario *sensu*, que el riesgo es del comprador, aun cuando tal conclusión se halle en concordancia con los precedentes, es arriesgado.

---

[326] El Derecho romano partió de la absoluta independencia de la obligación del vendedor con respecto a la del comprador, como nacidas de dos estipulaciones diversas. La compraventa no era un contrato sinalagmático, sino una adición de contratos, consecuencia de ello, es que en caso de pérdida, no quedaba el comprador dispensado de su obligación de pagar el precio, por ello se dice, que en el Derecho romano *res perit emptori*. En este sentido, vid. BADENES GASSET. R., *El contrato de compraventa*, tomo I, op. cit., pág. 285. Respecto a las circunstancias socio-económicas que contribuyeron a configurar el *periculum emptoris* en el pensamiento jurídico romano, vid. GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1980, págs. 75 y ss.

Esta idea es la seguida por la mayoría de la doctrina española[327], que considera justo proteger la situación del vendedor a crédito, para quien el derecho al precio es, al menos en un sentido económico, un bien en su patrimonio. El legislador se ha preocupado, además, de mitigar las consecuencias de la imputación del riesgo al comprador mediante la atribución de los *commoda* (arts. 1095, 1452-1, 1468-2 CC); de la subrogación en las acciones que tuviera el deudor frente a terceros (art. 1186 CC); de la imputación al vendedor de la carga de la prueba (art. 1183 CC) y de la imposición al mismo del deber de custodiar la cosa vendida con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1094 CC).

En cuanto al momento del traspaso de riesgos al comprador, en principio, lo determina la *emptio contracta*, es decir, cuando el solo acuerdo de las partes otorga al comprador disponibilidad inmediata sobre la cosa. En otros caso, se ha acudido al concepto de *emptio perfecta*, cuando aquella disponibilidad no existe para el comprador desde la celebración del acuerdo, por existir determinadas circunstancias que impiden la consumación del contrato, pese a existir consentimiento, como ocurre con la venta sometida a condición suspensiva, cuando la venta está sujeta a término suspensivo, cuando se trata de venta de cosas alternativas, o de cosas que deben extraerse de un determinado lote o surtido, o si el precio se ha fijado en relación el peso, número o medida y cuando la cosa se halla en poder y posesión de un tercero. En todos estos casos, mientras no se cumpla la condición, llegue el plazo, etc., la venta no es aún perfecta y el riesgo lo corre el vendedor.

Por el principio de la propiedad, el riesgo de la contraprestación pasa al comprador cuando éste adquiere el dominio de la cosa vendida (*res perit domino*). Este es el principio recibido en el Derecho francés y por los ordenamientos que otorgan efectos traslativos al contrato de compraventa (arts. 1138 *Code civil* francés y 1465 del *Codice civile* italiano).

[327] Esta es la doctrina seguida por BÉRGAMO LABRÉS, A., "El riesgo en el contrato de compraventa", en op. cit., págs. 157 y ss; ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en...*,op. cit, págs. 291 y ss. ESPÍN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 6ª ed., Edersa, Madrid, 1983, págs. 490 y ss; ROCA SASTRE, "El riesgo en el contrato de compraventa", en *Estudios de Derecho privado*, t. I, 1948, págs. 348 y ss. GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", pág. 79. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., (edición revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ, F.), *Elementos de Derecho civil* II, vol. II, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 26-29. ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 2003, pág. 212.

En último lugar, por el principio de la tradición, seguido en el Derecho germánico, el riesgo de la contraprestación se supedita para el comprador a la entrega o *traditio* de la cosa vendida.

Frente al principio del contrato, hay otra interpretación que ha encontrado eco en nuestra doctrina[328], es la que tiene como base la acción resolutoria del artículo 1124 CC. En la medida en que la compraventa genera obligaciones recíprocas, y por aplicación del art. 1124, se podría deducir que el riesgo de la cosa vendida lo soportaría el vendedor, que es el obligado a transmitirla, ya que pierde, mediante la resolución que solicite la otra parte, el derecho a la contraprestación. Esto plantea el problema de indudable trascendencia práctica, como es la posible colisión entre el art. 1452 y el art. 1124 CC. Ningún problema surgiría de aceptarse que la acción resolutoria regulada en el art. 1124 sólo procede si el incumplimiento hubiera sido voluntario. El problema surge, en la medida que también se admite la resolución por imposibilidad sobrevenida fortuita o inimputable. En este sentido se ha considerado que el art. 1124, otorga la facultad resolutoria por el simple hecho objetivo del incumplimiento que se produce también cuando la prestación es imposible. Ello permite entender que existe en el art. 1124 la figura de la resolución por imposibilidad sobrevenida. De esta suerte, el problema del *periculum obligationis*, que según el art. 1452 recae sobre el comprador, se soluciona reconociendo que la parte que sufre por ser acreedora, la imposibilidad sobrevenida de la prestación adversa, aunque sea fortuita, tiene abierta la vía de resolución del contrato y puede, de este modo, desligarse de la obligación que tuviera a su cargo. En rigor, la solución es la misma si la imposibilidad es imputable al deudor. En este caso, la otra parte tiene la opción de pedir la equivalente o la indemnización, ejecutando su propia prestación, o desligarse del contrato, reduciendo la indemnización que pueda pedir por los daños ulteriores que se le hayan causado. Lo que sí hay que tener en cuenta, es que la indemnización de daños y perjuicios no puede deberse sin culpa, en consecuencia, en el supuesto de imposibilidad sobrevenida fortuita el deudor

[328] Frente a la doctrina tradicional en materia de riesgos, se desvían de ella, con diversas matizaciones que giran casi siempre en torno a la acción resolutoria del artículo 1124 CC los siguientes autores: ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, *los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 56; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, tomo II, op. cit., págs. 655-656; ALCÁNTARA SAMPELAYO, "La prestación del riesgo en la compraventa", en *RDP*, 1946, págs. 487 y ss.; COSSÍO Y CORRAL, "Los riesgos en la compraventa civil y mercantil", en *RDP*, 1944, págs. 361 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1993, págs. 1731-1732. MONTÉS PENADÉS, V., "Comentario a los artículos 1113 a 1124 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1 º, dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1989, pág. 1238.

(el vendedor) no debe ser condenado a tal indemnización, pero sí pierde todo el derecho a recibir la contraprestación del comprador.

Siguiendo esta última línea, PINTÓ RUIZ[329], aceptando la tesis tradicional de que los riesgos los soporta el comprador (*periculum est emptoris*), la limita al caso de menoscabo de la cosa. De modo que el deterioro o perjuicio que ésta padezca, ha de sufrirlos el comprador, sin derecho a reducción del precio. Pero si lo que ocurre es que la cosa se destruyó o pereció, el comprador, al que ya no puede ser entregada, queda exento de pagar el precio, si usa de la facultad de resolver el contrato que le concede el art. 1124, para el caso de que la otra parte incumpla éste, (y lo incumple al no poder entregarle la cosa perecida), con lo que el riesgo para el caso de destrucción de lo vendido, es del vendedor, que al no poder entregarlo pierde su derecho al precio.

Aunque no falten defensores de la tesis de la separación[330] entre la llamada "teoría de los riesgos" y la resolución del artículo 1124 CC, nos parece más fundada la opinión de quienes consideran que la imposibilidad sobrevenida fortuita constituye un supuesto de aplicación de la norma del art. 1124.

---

[329] PINTÓ RUIZ, supuesto que el art. 1124 actúa, aun en el caso de falta de cumplimiento culpable, puntualiza: a) venta contracta no perfecta: en tanto la venta, aun celebrada, no alcanza la situación de perfecta, no existe problema alguno, puesto que la regla *periculum est emptoris*, aún no actúa. Nada veda ni impide la aplicabilidad de la norma general contenida en el art. 1124. b) venta perfecta y pérdida o menoscabo asimilable: en este caso el comprador tiene expedito su derecho a resolver el contrato, invocando el art. 1124, extinguiéndose así su obligación de pagar el precio; o a exigir la restitución del precio pagado. c) venta perfecta y menoscabo no asimilable a la pérdida: la regla del *periculum emptoris* actúa, y el comprador ni puede exigir la indemnización ni resolver el contrato, al no poder invocar el precepto general del art. 1124 CC. (vid. "Resolución del contrato y la regla periculum est emptoris", en *RJC*, núm. 4, 1975, págs. 748-749).

[330] ÁLVAREZ VIGARAY, trata de definir el ámbito de la condición resolutoria y la teoría de los riesgos: ambas teorías coinciden, y aquí se basa el confusionismo, dice el autor, en que suponen que las partes han concluido un contrato sinalagmático y que una de ellas no cumple sus obligaciones, pero se diferencian en: 1º) porque la cuestión de los riesgos no surge, sino en el caso de que la ejecución del contrato se haya hecho imposible por razón de una causa no imputable al deudor, mientras que la resolución del contrato bilateral por incumplimiento sólo se plantea cuando la inejecución es debida a culpa del deudor. De este modo, ambas teorías tienes esferas de aplicación diferentes y nítidamente separadas. 2º) como segundo aspecto diferencial, claramente ligado al anterior, la indemnización de daños y perjuicios únicamente puede proceder en el caso de resolución por incumplimiento, nunca en el de imposibilidad fortuita de la obligación. 3º) en cuanto a la forma de realizarse y sus efectos, la imposibilidad de la obligación no imputable al deudor libera a éste automáticamente de su obligación y el contrato queda disuelto de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial; mientras que la resolución por incumplimiento ha de ser pronunciada por los tribunales a instancia de la parte cumplidora, o cuanto menos, ha de ser declarada por ésta, haciéndose saber al deudor que no ha cumplido, si bien, caso de que el deudor no acepte esta declaración privada de resolución se hará necesaria la intervención de los tribunales. 4º) finalmente, en caso de imposibilidad fortuita de la obligación, los efectos de liberación del deudor y disolución automática del contrato tienen lugar automáticamente e inevitablemente, mientras que, si la inejecución es imputable al deudor, la resolución del contrato puede evitarse por el acreedor que prefiere exigir la ejecución, y por el juez, que rechaza la demanda de resolución o que concede al deudor demandado un plazo de gracia (vid. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 2003, pág. 212).

b) Riesgo y venta de cosa futura.

En este caso el riesgo de la no venida a existencia de la cosa, así como el *periculum rei*, correrán a cargo del vendedor. La cuestión se plantea respecto de quién y en qué momento habrá de soportar el *periculum obligationis*.

Para ALONSO PEREZ[331], la venta de cosa futura reúne las condiciones necesarias para imputar el riesgo al comprador, es perfecta y realizable (¿?), en cuanto se contrató sobre un objeto inexistente al momento de celebrar el contrato, al menos en su plenitud, pero esperado en las previsiones de las partes. La entrega está diferida, sólo porque la Ley facultó a los contratantes para negociar sobre una cosa futura. De tal forma, que si el edificio se derrumba por factores fortuitos, el comprador soportará el *periculum* sobrevenido sobre la cosa *in fieri* sin culpa del vendedor. Por lo demás, concluye el autor, debe advertirse que en la compraventa de cosa futura va inmerso en grado notable de aleatoriedad, por eso, la imputación del riesgo en la venta de cosa futura se rige, en primer término, por lo que las partes acuerden. Además, el contrato de seguro cubre los infortunios en muchos supuestos.

Nos parece, que atribuyendo al comprador los riesgos de que no se construya el edificio, se está incurriendo en el error de confundir el riesgo de la no venida a existencia de la cosa, dado que ésta no es presente todavía tal y como se había programado por las partes, con el riesgo contractual. Consideramos más acertada la postura que propugna ROGEL VIDE[332], que mantiene que el *periculum obligationis* sólo puede plantearse con la venida a existencia de la cosa, pues una cosa que no existe como tal, mal puede perecer. Esto sabido, venida a existencia la cosa, considera el autor que respecto de cosas que hayan de ser fabricadas por el vendedor, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de estas ventas, hasta la entrega de la cosa, los riesgos serán del vendedor, lo que equivale a suscribir la máxima *periculum est venditoris*.

En la compraventa de cosa futura, además del *periculum* determinado por la pérdida o deterioro de las ya existentes, se plantea, respecto de aquéllas que no están *in rerum natura*, el producido porque las mismas no lleguen a existir. Aquí estaríamos tratando de una imposibilidad sobrevenida que afectando a la propia existencia de la cosa,

[331] ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, op. cit. págs. 356-357.
[332] ROGEL VIDE, C., *La compraventa...*, op. cit., pág. 194.

determinaría un incumplimiento por parte del vendedor. Este tipo de riesgo, sin embargo, no aparece literalmente contemplado por el art. 1452, que sólo se refiere al daño o a la pérdida de las cosas con existencia antes de la consumación del contrato perfecto.

En caso de que no se estimara el razonamiento anterior, se podría aplicar la norma del artículo 1589 CC del contrato de obra respecto de la obligación de hacer, con preferencia a la que pudiera derivarse del artículo 1452 CC, para la venta, al menos, al hasta el momento en que el piso esté en condiciones de ser entregado al comprador, en el estado en que se pactó. El art. 1589 atribuye el riesgo al contratista, salvo el caso de haber habido morosidad del comitente en recibirla, de lo que se deduce que, en caso de perderse o destruirse la obra con anterioridad a la entrega, el constructor deberá iniciar de nuevo su realización a su cargo y expensas. Se ha tratado de fundamentar esta atribución de riesgos al constructor en el hecho de que su obligación de construir comporta la obtención de un resultado. Siguiendo esta interpretación resultaría a todas luces desproporcionado imputar al comprador un riesgo que ni siquiera asume el propio promotor-comitente, cuando encarga la realización de la edificación a un contratista[333].

E) Responsabilidad del promotor por defectos de la construcción.[334]

La configuración de la venta de pisos en construcción como un contrato complejo que obliga al vendedor a hacer y dar, tal vez, encontraría plena justificación en la realidad que existía con anterioridad a la publicación de la Ley de ordenación de la edificación. En dicho momento, en la medida en que el artículo 1591 CC no contemplaba directamente, ni la legitimación activa del adquirente frente a los intervinientes de la edificación, ni tampoco la figura del promotor, como legitimado pasivo, se obligó a la jurisprudencia a equiparar al promotor-vendedor con el constructor, a efectos de hacerle acreedor de las

[333] Igualmente ROGEL VIDE, C., *La compraventa...*,op. cit., págs. 147 y 194; RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, Jaén, 1995, págs. 83 y 104; PASTOR VITA, F. J., "Cesión de solar por pisos y locales futuros: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 98, enero-febrero 2002, págs. 264-265. MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, op. cit., pág. 59; SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J., y GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las garantías de los adquirentes...", op. cit., págs. 140-141.

[334] Vamos a hacer una simple indicación sobre este tema, dado que lo estudiamos con profundidad más adelante, simplemente destacar, junto con la obligación de dar y saneamiento que soporto un vendedor ordinario, el promotor también responde por defectos de la construcción, estructurales y de habitabilidad (durante 10 y 3 años, respectivamente, cfr. art. 17 LOE), también queda obligado a suscribir los seguros que cubran tales daños (art. 19 LOE). Tampoco podemos olvidar que está obligado a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas que perciba de acuerdo con la Ley 57/1968, de 27 de julio, en caso de que la obra no se realice o finalice en el tiempo establecido; también recae sobre él un especial deber de información como prevé el RD 515/1989, de 21 de abril.

reclamaciones que realizaban los adquirentes, sobre la base, de que tratándose de un piso en construcción, el promotor se obligaba junto al *dare* de la compraventa y al *facere* propio del contrato de obra (STS de 23 de febrero de 1983 [RJ 1068]), lo que justificaba que debiera sufrir las reclamaciones que por defectos o vicios en la construcción se realizaran frente a él.

Aunque consideramos que esta modalidad contractual presenta notas que la individualizan o la diferencian de la venta común, nuestra intención no es, en ningún caso, justificar un régimen de responsabilidad distinto en materia de defectos o vicios de la construcción para el promotor-vendedor, según que éste enajene inmuebles por construir o viviendas ya terminadas. Como hemos tenido ocasión de exponer, la función económico-constructiva del vendedor es exactamente la misma en ambos casos e iguales deben ser sus obligaciones por defectos en la construcción, así como a la hora de suscribir los seguros por daños o seguros de caución del artículo 19 LOE. Tan merecedor de protección es el adquirente que compró un piso que no ha llegado a iniciar su gestación como el que adquirió una vivienda en cuya construcción sólo faltan pequeños detalles, pero aunque lo anterior es cierto en contemplación al interés económico-individual, también hay que reconocer que quiebra en su repercusión social, no pudiendo equipararse el fraude total al defecto culposo.

Sin embargo, nos parece incuestionable que la situación del promotor-vendedor o promotor-constructor (ya sea de pisos proyectados, en construcción o terminados) no es igual a la del simple vendedor-no creador del piso que pone en circulación. La razón de ello radica en que el promotor es el artífice del edificio, que es introducido en el mercado inmobiliario porque no otra era la finalidad que lo guiaba cuando lo construyó, edificio que se ha creado por su propia iniciativa, con independencia de que haya tenido o no una participación material en la realización de la construcción. Lo que justifica que deba responder tanto frente al primer adquirente como ante los posteriores que del mismo traigan causa, durante los plazos de garantía contemplados en la LOE (diez, tres o un año), frente a la responsabilidad del simple vendedor que sólo está sometido a las acciones generales por un posible cumplimento defectuoso del contrato (arts. 1101 y 1124 CC) y a las acciones por vicios ocultos en la compraventa (art. 1484 CC).

CAPÍTULO SEGUNDO

REGULACIÓN DE LA VENTA SOBRE PLANO EN LA NORMATIVA REGISTRAL Y URBANÍSTICA

I.- EL TRÁFICO JURÍDICO DE PISOS EN EDIFICIOS EN CONSTRUCCIÓN ANTE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

1.- PLANTEAMIENTO. LA NUEVA PROPIEDAD ESPACIAL.

La justificación del siguiente desarrollo, se encuentra en que hemos tenido ocasión de ver como ciertos autores, para superar los efectos meramente obligaciones que se predican de los contratos traslativos del dominio cuando recaen sobre pisos en construcción, acudían al concepto de finca registral, de tal forma, que esa carencia de existencia material del piso proyectado, pudiera ser suplida por esta institución.

Frente a este argumento, se suele alegar, en contra, que la realidad indiscutible de la finca, constituye el presupuesto obligado para el juego y la efectividad de los principios hipotecarios y para la seguridad del tráfico inmobiliario, en este sentido, la preexistencia y la identificación de las fincas constituyen requisitos imprescindibles exigidos por los principios de publicidad y especialidad. Es por ello, que el folio real no ampara fincas inexistentes, ya que el principio de especialidad requiere que el Registro se asiente sobre la base del elemento finca, inscrita bajo número y folio especial, apareciendo el proyecto de creación futura de fincas casi como una declaración platónica en el orden civil hipotecario.

En la medida en que el piso integrado en un edificio sujeto al régimen de la propiedad horizontal constituye una finca registral, vamos a ver qué se entiende por finca registral y cuál es el sustrato físico sobre el que se construye este concepto.

El derecho de propiedad inmobiliaria se ha caracterizado, tradicionalmente, por su carácter parcelario, la consideración del suelo como un objeto unitario en el tráfico jurídico y la concentración, en el propietario, de las utilidades edificatorias permitidas, de acuerdo

con la delimitación que del contenido del derecho de propiedad se lleva a cabo a través del Derecho urbanístico.

Tal y como precisa MEZQUITA DEL CACHO[335], se podría decir que ha sido el individualismo exclusivista, reacio a la compartición pluripersonal, y, el radicalismo del principio de accesión, los que han contribuido a que la expresión del objeto de la propiedad inmobiliaria, se redujera a una noción, la de "finca" o "predio", cuyo único referente material delimitativo era el suelo geográfico, configurándose como porción poligonalmente determinada en la superficie sólida de la tierra, lo cual excluía tanto la superficie líquida (mares, lagos y ríos, destinados por lo general al dominio o uso público) como la masa gaseosa del aire que las recubre. En lo físico, ello reducía su mensurabilidad material descriptiva a sólo dos dimensiones: la longitud y la anchura; y aunque potencialmente existía una tercera dimensión, la vertical, ésta no era mensurable en tanto no se edificase. Lo anterior, daba lugar a que la expansión cúbica del dominio sobre inmuebles, mediante la edificación hacia arriba o hacia abajo, siguiera formulándose desde perspectivas individualistas.

Sin embargo, el objeto físico de la propiedad ha cambiado, a consecuencia del dinamismo del mercado inmobiliario y el incremento, a veces, prohibitivo del valor de la propiedad sobre inmuebles; de modo que hoy, se admite, junto a la negociabilidad del suelo, la del subsuelo y la del vuelo separadamente, como espacios cúbicos cuya delimitación fraccionaria es factible. Esto ha dado lugar, a lo que se ha venido a llamar, "propiedad cúbica", o "cubismo inmobiliario"[336]. Tales expresiones aluden a un objetivo, que ha venido proponiendo un sector de la doctrina civilista[337], que consiste en rebajar el

[1]MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana", en *RCDI*, núm. 672, julio-agosto 2002, págs. 1436-1439.

[336] A diferencia del cubismo pictórico, que se definió usando la técnica de la "deconstrucción", lo que el cubismo jurídico favorece es, precisamente, la construcción. En este sentido, MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana", en op. cit., págs. 1433 a 1435.

[337] Dentro de nuestra doctrina cabe citar a VÁZQUEZ BOTE, que entiende que cuando se hace referencia al edificio meramente proyectado, lo que se contiene en la denominación, no es la idea de edificable, sino el polígono en el aire que, en su día, recogerá el edificio construido. Ese cubo o polígono en el aire, según este autor, es una realidad del mundo exterior susceptible de apropiación y de indudable valor económico ("Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del Derecho. Exigencia de una nueva normativa jurídica", en *RCDI*, núm. 573, 1986, págs. 253 y ss.). También TORRES LANA (*La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Pamplona, 1975, págs. 61 y ss.), busca dotar al espacio de la entidad de la que hoy carece, acudiendo a la idea de volumen edificable. Esa mera afirmación, no tendría trascendencia si no se otorgara al volumen edificable un valor jurídico que permita la realización de actos sobre el mismo. El autor, entiende que el propietario de un terreno podrá llevar a cabo actos sobre el

presupuesto material que se ha exigido tradicionalmente en el área inmobiliaria, para que a ciertos derechos subjetivos se les reconozca, a diferencia de los clasificados como derechos personales o de crédito u obligación, la calidad de reales y publicables para su oponibilidad a terceros, y a dicho efecto, liberarlos de su referente objetivo: el predio o finca, en 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 de su suelo.

Como precursores, en la doctrina europea, cabe tener en cuenta a COVIELLO[338] y al civilista francés SAVATIER[339]; ambos se percataron de la conveniencia de que el Derecho se abriera al tratamiento volumétrico de la propiedad y los derechos sobre inmuebles, rompiendo con la exagerada sumisión a una especie de ley de la gravedad jurídica, que literalmente tenía las fincas pegadas al suelo, y reivindicaron la potencialidad del vuelo y del subsuelo inmobiliarios como objetos separables de derechos subjetivos y en consecuencia, de relaciones y negocios jurídicos, no necesariamente reducidos a la

---

volumen edificable, concedido al mismo, remodelándolo, conformándolo y distribuyéndolo sobre la superficie de su parcela. Para ello, entiende, no es preciso que la construcción haya sido concluida ni siquiera comenzada. La complejidad de la técnica arquitectónica exige la confección de un proyecto técnico, pues bien, ese proyecto supone el paso, desde el concepto de volumen a la noción jurídica de edificio futuro o por construir. Igualmente, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M.ª y F., "Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico", en *Ponencias al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, Centro de Estudios Hipotecarios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 147 y ss.: tras aludir a la fundamental incidencia del Derecho urbanístico sobre el Civil, al aportar una nueva visión tridimensional o cúbica de los bienes inmuebles, que rompió el antiguo dogma de la unidad indiversificable del suelo y el vuelo, asumen la idea de que el objeto físico de la propiedad ha cambiado. Habla de la nueva propiedad espacial FIGUEIRAS DACAL, M., *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad. Síntesis de su explicación teórica y de su aplicación práctica*, Dijusa, Madrid, 2001, págs. 291 y ss. También se hace referencia a la parcela aérea como objeto de derecho en las *Actas del I Simposio sobre propiedad horizontal*, celebrado por las CÁMARAS OFICIALES DE LA PROPIEDAD URBANA DE LA ZONA DE LEVANTE, octubre 1972, Valencia, págs. 12-13. También en esta dirección SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO DE ARAGÓN, "El tráfico jurídico de pisos o departamentos en edificio por construir ante el Registro de la Propiedad", en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 62, octubre 1971, págs. 556 y ss.

[338] COVIELLO, L., *Della superficie*, Archivio Giuridico Italiano, vol. XLIX, 1892; referencia extraída del trabajo de MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa", en *RDP*, junio 2000, pág. 485.

[339] SAVATIER, R., "La propiedad del espacio", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 1, enero-febrero 1967, págs. 13 a 33: precursor de estas teorías sobre los cubos de aire y el volumen edificable. Para salvar el obstáculo de la falta de elemento real, por ejemplo en el pacto constitutivo de la propiedad horizontal sobre edificio futuro, pone de relieve la necesidad de expresar la propiedad fundiaria en volumen, en tanto que una superficie no hace sino soportar una porción de aquél. Resalta la importancia del espacio en sí mismo y de su movilidad. Sobre esta base, estima que se puede concebir para la venta y puesta en propiedad de apartamentos a construir una técnica diferente a la actual, articulada sobre la base de la venta de cosas futuras. Nada impediría que esa venta, asegurase de golpe, un bien existente y perpetuo que será el objeto principal: el espacio que circundarán las partes comunes del inmueble, espacio determinado por planos verticales y horizontales. De este modo, los metros cúbicos de espacio se venderán como cuerpos ciertos, a los cuales se les aplicará el efecto traslativo de los contratos.

condición de derechos limitados, sino incluso, dominicales. Y en esa línea se fue avanzando.

A este fenómeno también se le conoce como disociación jurídica inmobiliaria[340], que es aquélla que se produce cuando a una persona a la que se le ha concedido la facultad de edificar sobre una finca, puede retener la propiedad sobre lo construido, pero un derecho de propiedad autónomo e independiente respecto al que sigue detentando el propietario inicial de la finca, que es quien le otorga esta facultad, de forma, que sobre una misma finca o solar coexisten varios derechos de propiedad sobre objetos diferentes los unos de los otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, ALONSO PÉREZ[341] considera que el objeto o asiento de la propiedad inmobiliaria puede imaginarse como una columna que se extiende hacia arriba y hacia abajo cuyos límites –a lo ancho y a lo largo- vienen fijados por la superficie en metros cuadrados del solar. La disociación implicaría la fragmentación de esa columna, de forma que varios derechos de propiedad van a coexistir sobre diferentes partes de la misma, y se separan los unos de los otros, por cortes horizontales al suelo. Cuando se alude a una disociación de la propiedad se quiere hacer referencia a que el asiento, el objeto sobre el que recaía una sola titularidad, se divide de tal forma que existen dos objetos diferentes sobre los que recaen distintos derechos de propiedad. Del mismo modo que un solar de mil metros cuadrados puede dividirse en dos parcelas que pasan a formar fincas diferentes sobre las que pueden recaer diferentes titularidades, debería admitirse la posibilidad de división del inmueble, por planos superpuestos y horizontales a la superficie que es el suelo.

¿El Ordenamiento jurídico contempla tal posibilidad de disociación de la propiedad inmobiliaria? Son los artículos 350[342] y 358[343] CC, los que inciden en esta cuestión. Su

---

[340] Vid. MARTY, Jean-Pierre, *La dissociation juridique de l´inmeuble. Contribution a l´étude de droit de superficie*, Librarie Genérale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1979, pág. 5: donde viene a decir que una verdadera disociación del inmueble se parece a una división, es decir, a una partición del inmueble en partes distintas. También FIGUEIRAS DACAL, M., "La disociación jurídica del dominio y el pluridominio", *RCDI*, núm. 672, julio-agosto 2002, págs. 1239 y ss.

[341] ALONSO PÉREZ, M.ª T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, págs. 31-32.

[342] Según el art. 350 CC, "el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convenga, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de policía". Este precepto plasma el principio de que quien es propietario de un terreno lo es de todo lo que se

formulación literal parece contraria a la admisibilidad de una disociación de la propiedad inmobiliaria.

Muy recientemente se ha pronunciado sobre la condición, imperativa o no, que tengan los preceptos comentados la Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002[344]. En la presente Resolución se plantea, como problema fundamental, si es inscribible o no en el Registro de la Propiedad, como finca independiente, una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público, previa la correspondiente desafectación como bien demanial de aquella unidad, configurándola como patrimonial.

El registrador, en defensa de su nota, alegaba, entre otros argumentos, que se trata de un volumen que al estar absolutamente diferenciado de la finca superior que le sirve de soporte o absolutamente desconectado de la superficie terrestre, no puede constituirse como finca independiente, para ser objeto jurídico susceptible de dominio, ya que la constitución del volumen subterráneo como finca independiente contraviene preceptos imperativos como los artículos 350, 353 y 358 del Código Civil, que regulan la extensión

---

encuentra encima y debajo del mismo *–cuius est solum, eius est usque ad inferos-*. El primer inciso del precepto viene a impedir, de entrada, cualquier tipo de disociación de la propiedad inmobiliaria, ya que, conforme al mismo el propietario del terreno es dueño de todo lo que le rodea por arriba y por abajo. Aunque algunos autores, partiendo de las limitaciones que contempla el precepto comentado, han considerado que dichas limitaciones a la extensión vertical del dominio consagran una posible disociación entre el suelo y el subsuelo, dando pie a que se originen dos propiedades diferentes disociadas o separadas. En este sentido, PÉREZ CANOVAS, N., "Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza", en *RCDI*, 1988, pág. 757; FIGUEIRAS DACAL, considera que el artículo 350 del Código civil también alude a otros aprovechamientos especiales, como los ubicados en el espacio más inferior, que actualmente son del reserva legal, como es la zona de recursos naturales constituidos por los yacimientos subterráneos de las minas y los alumbramientos y caudales de las aguas, cuando existen la misma legislación considera sus aprovechamientos como bienes autónomos, separados del terreno que conforma el suelo y el subsuelo profundo, por lo que se les otorga el carácter de bienes de dominio público y van a estar sometidos a un régimen jurídico distinto del que afecta al dominio privado. Es, pues, el mismo legislador el que nos proporciona un primer supuesto de la existencia de propiedades diferenciadas por volúmenes superpuestos, en que se produce, una verdadera disociación del dominio al quedar sujetos los distintos aprovechamientos independientes a regímenes jurídicos diferenciados ("La disociación jurídica...", op. cit., 1265).

[343] Por su parte el artículo 358 CC establece que "lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes". De lo anterior, que consagra el principio de *superficies solo cedit*, viene a significar que la titularidad del derecho de propiedad sobre el solar acabará recayendo sobre toda la columna que se eleva hacia arriba y hacia abajo y cuya extensión a lo largo y ancho está delimitada por la superficie en metros cuadrados del solar. Lo dispuesto en este artículo parece impedir la disociación de la propiedad inmobiliaria, ya que si el propietario del suelo lo es de todas las construcciones, plantaciones y siembras que hay encima o debajo del mismo, parece imposible que se dé el caso de que una persona sea propietaria del edificio y otra del suelo. Dentro del artículo 358 CC, destacan dos vertientes, por un lado, se erige el suelo como pieza clave; y por otro, se produce una concentración en una sola titularidad. La finalidad de reconocer una única titularidad está ordenada a procurar una más clara atribución de las titularidades, en el sentido de que su efecto consiste en que sobre cada solar recaiga exclusivamente una sola titularidad. Lo contrario supondría tener que admitir situaciones anormales generadoras de inseguridad jurídica.

[344] Vid. BOE núm. 129, 30 de mayo de 2002.

vertical del dominio y que sólo admite excepciones por Ley, es más, alega que en el conjunto inmobiliario, el suelo siempre es elemento común por naturaleza, mientras que en el supuesto resuelto por la mencionada Resolución, no se considera al suelo como elemento común[345] (...); por todo lo expuesto, se contravenían normas imperativas reguladoras del derecho de propiedad, en cuanto a su extensión y accesión, cuyo contenido esencial es objeto de reserva de Ley.

El Centro Directivo considera, frente a los argumentos mantenidos por el registrador, que "lo cierto es que el principio de accesión del dominio (art. 353 CC) tiene excepciones, que pueden tener su origen en la voluntad del propietario (caso de la constitución de un derecho real de superficie, de un derecho real de vuelo o de subedificación) o en la propia Ley (limitaciones derivadas de la Ley de minas, de navegación aérea, de aguas, del Patrimonio Histórico). Es por ello, que no cabe interpretar los preceptos del Código civil relativos a la propiedad y a la accesión, según el viejo aforismo romano "*usque ad sidera usque ad inferos*", esta concepción liberal del dominio se ha visto extensamente modulada por la legislación especial y no se corresponde a la actual configuración del derecho de propiedad en nuestra Constitución.

El dominio no se configura como un derecho ilimitado y unitario, en el que sólo por vía de Ley, cabe restricciones a su contenido; sino que, por el contrario, la función social de la propiedad delimita intrínsecamente su extensión (*cfr*. art. 33 CE). El aforismo "*usque ad sidera usque ad inferos"* referido a los derechos del propietario, cede frente al superior principio de la función social de la propiedad, de manera que, además de las Leyes especiales limitativas, deben tenerse en cuenta aquéllas otras cuyo objeto es la delimitación de las facultades del propietario, como ocurre en materia urbanística (*cfr*. art. 2 LS de

[345] Dado que un límite a la disociación inmobiliaria que produce la propiedad horizontal, se encuentra en la existencia del suelo, elemento común que provoca una disociación parcial e integrada, en la mencionada Resolución del 5 de abril de 2002, el límite a la disociación se crea ficticiamente, en la medida en que se produce una segregación, pero no total, respecto de la finca matriz. Para evidenciar la vinculación del volumen deslindado a la finca en que se ubica y que le sirve de soporte, dado que nuestro sistema registral se lleva por fincas, como porciones de terreno deslindadas y delimitadas en la superficie, que son la base de la competencia territorial y de la técnica del folio real en el que se acumulan las inscripciones de todos lo derechos y aprovechamientos de que sea susceptible cada una de dichas fincas, se tiene en cuenta la doctrina establecida por la Resolución de 13 de mayo de 1987 (RJ 3855), que afirmaba que aunque las unidades subterráneas puedan acceder al Registro, no es la segregación el medio apto para individualizarlas de las fincas de procedencia, ni cabe configurar el volumen como una finca nueva totalmente independiente, sino que debe relacionarse necesariamente en el folio registral del terreno, en el que debe seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad, sin perjuicio de que puedan abrirse folios subordinados al aprovechamiento independiente del subsuelo o del vuelo, a fin de descongestionar el principal para una mejor claridad registral.

1998). Las normas urbanísticas pueden permitir así un uso diverso para el subsuelo, distinto del correspondiente al suelo".

Sin entrar aquí en las distintas opiniones doctrinales[346] que se han emitido en torno al carácter imperativo o dispositivo del mandato contenido en los artículos 350 y 358 del Código civil, lo que nos interesa es destacar que la mayoría de los autores vienen a coincidir en que el principio absoluto contemplado en los mencionados preceptos, puede ser derogado, si lo permite una norma con rango de Ley y, que fuera de los supuestos concretos en que la Ley permita su derogación, deben regir como norma imperativa.

La doctrina ha sido unánime en considerar, como derogaciones admisibles de lo dispuesto en los citados preceptos y, como figuras que contemplan una disociación de la propiedad inmobiliaria, el derecho de superficie, sometido al límite de la temporalidad[347] y, la propiedad horizontal. La propiedad horizontal provoca una disociación de la

[346] Si lo dispuesto en los preceptos mencionados se concibe como absolutamente aplicable, se estaría limitando la posibilidad de disociar jurídicamente la propiedad inmobiliaria, lo que cerraría una vía de evolución al mercado inmobiliario. Se ha considerado que tiene carácter imperativo o la rigidez del principio romano *superficies solo cedit*, por don Jerónimo GONZÁLEZ (vid. *El derecho real de superficie*, editado por Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1922, págs. 83-84), y ROCA SASTRE ("Ensayo sobre el derecho de superficie", en *RCDI*, 1961, pág. 27). Si bien su aportación se produce cuando no se encontraban reguladas las instituciones que se consideran como derogaciones al mismo, que son la propiedad horizontal y el derecho de superficie. Rechazan el carácter imperativo, GARRIDO PALMA ("¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie", en *RDN*, enero-marzo 1969, págs. 91-164); LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., (*Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. I, *Posesión y propiedad*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pág. 158); Mariano ALONSO PÉREZ ("Comentario a los artículos 353 a 383 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. V, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1990, pág. 332). Los únicos defensores del carácter dispositivo son los que admiten que la autonomía de la voluntad es absolutamente libre para derogar lo previsto en estos preceptos, es el caso, entre otros, de PÉREZ CANOVAS (en "Problemas actuales...", op. cit., pág. 759). Por su parte ALONSO PÉREZ (*La construcción en finca ajena*...,op. cit., pág. 52) argumenta que la consideración de los artículos 350 y 358 del Código civil como imperativos únicamente impide que los particulares deroguen a su libre albedrío y sin ningún tipo de limitación lo dispuesto en ellos. No impide que otras leyes contemplen y regulen instituciones que permitan la derogación del principio insito en ellos, cuando concurran circunstancias que se consideren pertinentes y en la medida que se considere oportuno.

[347] Con una gran claridad, ROCA SASTRE rechaza la idea de que la propiedad horizontal y el derecho de superficie representen lo mismo con relación a lo dispuesto en el artículo 358 CC: "es evidente que en la propiedad superficiaria hay una propiedad separada horizontal, de suerte que la denominación de propiedad horizontal, cuadra mejor a la propiedad separada superficiaria que a la propiedad separada por pisos o locales. En esta última, la propiedad separada de los distintos pisos o locales se halla dispuesta orgánicamente dentro de la finca edificada, con sus partes en copropiedad. Es decir, los varios pisos o locales se hallan integrados diferencialmente en propiedad separada dentro de un todo orgánico, pues forma parte de una finca unitaria, sin que la posibilidad de inscribirse cada piso o local bajo hoja registral separada o distinta destruya la unidad del inmueble, ya que es una simple prevención destinada exclusivamente a descongestionar el Registro. En cambio, la propiedad superficiaria, por más temporal que sea el derecho que la soporta, desdobla la propiedad de un inmueble en dos propiedades distintas dispuestas horizontalmente, con objetos separados, cada uno de los cuales vive su vida, sin interferencias de elementos comunes. La propiedad superficiaria es una propiedad separada horizontalmente, en tanto que la propiedad por pisos es una propiedad separada orgánica." Vid. ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario. Dinámica registal*, tomo V, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, págs. 495-496; igualmente, ROCA SASTRE, R. M.ª, "Ensayo sobre el derecho de superficie", en *RCDI*, 1961, págs. 31 y ss.

propiedad inmobiliaria, en el sentido de que permite que sobre un mismo solar coexistan diferentes derechos de propiedad, recayentes sobre diferentes partes del espacio cúbico delimitado a lo ancho y a lo largo por la superficie en metros cuadrados del solar. Esta disociación es de carácter perpetuo, pero de estructura integrada y parcial, es decir, existen derechos de propiedad separados e independientes entre sí, pero que mantienen una cierta unidad orgánica entre ellos, a través de una comunidad sobre otros elementos[348]. El art. 396 CC, expresamente dice que la propiedad separada llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio. Se trata, por tanto, de una fragmentación de la propiedad inmobiliaria que permite, que, sobre una misma finca, coexistan titularidades privativas pertenecientes a diferentes titulares. Ahora bien, la comunidad recayente sobre ciertos elementos configuradores de la finca mantiene la unidad de dicha finca, la cual se refleja, por ejemplo, en el tratamiento registral (existe una conexión de pertenencia y de permanencia), y que, acaso se haya impuesto, entre otros posibles motivos, a efectos de no vulnerar el principio de accesión establecido en el artículo 358 CC.

Hay que admitir que la propiedad horizontal ha significado un importante cambio, ya que supuso una ruptura revolucionaria de los viejos prejuicios de que el edificio sea accesorio del suelo, y de que en la proyección vertical del suelo no tengan cabida dominios separados. Esta institución ha sido la locomotora del avance en la dirección de

[348] La disociación que articula la propiedad horizontal sólo afecta a ciertas partes de la finca, ésta es la diferencia respecto al derecho de superficie, pues la disociación que éste produce es absoluta, afecta a todas y cada una de las partes de la finca y desintegrada, pues mientras está vigente, no existe ningún tipo de comunidad entre los titulares de los derechos de propiedad que existen simultáneamente sobre la finca. La disociación que viabiliza la propiedad horizontal siempre hay elementos comunes a todos los titulares de derechos de propiedad privativos en la misma, por ello es integrada, esto determina que no todas las partes de la finca resulten afectadas por la disociación, por lo que es parcial. Es decir, la diferencia entre la disociación que provoca el derecho de superficie y la generada por la constitución de una propiedad horizontal es, precisamente, que, en la segunda, al derecho de propiedad separado con respecto a una parte del inmueble es inherente un derecho de copropiedad sobre otras partes del inmueble, circunstancia que no se da en el derecho de superficie. La disociación perpetua de la propiedad inmobiliaria pasa por la formación de una comunidad en el suelo. Se puede compatibilizar la disgregación de la propiedad inmobiliaria (que produce la propiedad horizontal y el derecho de sobre y subedificación) y el respeto al principio de accesión inmobiliaria, este respeto pasa por la formación de una comunidad sobre el suelo de la que formen parte como comuneros, todos los titulares de derechos de propiedad separados sobre distintas partes de la finca. Si el suelo pertenece en comunidad a todos y cada uno de los titulares de derechos privativos sobre cada una de las partes separadas de la finca, no puede decirse que se vulnere lo dispuesto en los artículos 350 y 358 CC. Al contrario, en ese caso se está respetando escrupulosamente lo establecido en ellos: el propietario del suelo, -la comunidad- lo es de todo lo que se encuentra encima y debajo del mismo. Entre todas las personas que forman la comunidad sobre el suelo tienen la propiedad de todo lo que se encuentra encima y debajo del solar. En este sentido vid. ALONSO PÉREZ, M.ª T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, op. cit., págs. 209-211. También CONCHEIRO DEL RÍO, J., "La propiedad separada del suelo y del subsuelo", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 93, junio 2003, págs. 1522-1524.

negociabilidad jurídica del vuelo urbano[349], incluso en estado de inmaterialidad física del mismo. Prueba de ello, es el artículo 8, párrafos 4º y 5º de la Ley hipotecaria, y la interpretación que de los mismos ha venido realizando la doctrina, la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros y del Notariado, que han consolidado la tendencia consistente en entender comenzado un edificio, desde que se obtiene la licencia municipal de construcción, y procediéndose a la declaración de obra nueva en construcción y la constitución de la propiedad horizontal en ese estado así como su hipotecabilidad, esto supone la publicidad registral de unas titularidades sobre objetos cuya situación jurídica carecía de toda corporeidad material, viniendo referidos a espacios definidos en el vacío cúbico del vuelo sobre el terreno.

En el mismo camino cabe destacar la noción de aprovechamiento urbanístico[350], cuyo reflejo registral se desarrolla en los artículos 33 a 44 del RD 1093/1997, de 4 de julio, donde se contempla tanto la inscripción en sí misma, en folio propio, de los aprovechamientos establecidos, como la de las cesiones obligatorias a la Administración; en este área de negociabilidad jurídica es donde alcanza el máximo grado de pura cubicidad o volumetricidad en el objeto, por cuanto éste no es el suelo al que se haya hecho la asignación, sino la edificabilidad misma asignada por la Administración pública al inmueble, un derecho referido al puro vuelo en vacío[351].

---

[349] MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana", en op. cit., pág. 1440.

[350] Normalmente, el aprovechamiento urbanístico no es finca, sino una facultad del dominio mismo, que se puede negociar pasando de una finca a otra con los requisitos exigidos por la legislación urbanística correspondiente. Pero en algunos supuestos especiales, el aprovechamiento urbanístico alcanza el carácter de finca registral especial. Se trata de aquellos casos de aprovechamiento urbanístico "volante", es decir, en que no hay todavía una finca concreta a la que aplicarse, pero tiene suficiente identificación o individualización jurídica como para ser objeto de tráfico y de publicidad registral. El caso más paradigmático es cuando la legislación urbanística permite a los Ayuntamientos la ocupación de suelo para sistemas generales a cambio de unidades de aprovechamiento que se conceden al propietario respectivo, quedando a la espera de su ubicación concreta en otras fincas determinadas de una unidad de actuación o ejecución. En estos casos, la legislación urbanística ha previsto la posibilidad de que el aprovechamiento urbanístico concedido, que puede denominarse "volante" porque está separado del suelo, en espera de "posarse" en uno determinado, pueda abrir folio registral como finca especial, con el traslado de las cargas correspondientes y con la posibilidad de ser gravado o transmitido. Sobre el aprovechamiento urbanístico como finca especial, tanto en los casos de ocupación directa como en otros supuestos análogos, vid. JIMÉNEZ LINARES, M.ª J., *El derecho al aprovechamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 277 y ss.

[351] Si bien sobre este tema quedan numerosas cuestiones pendientes, así MEZQUITA DEL CACHO, critica que todavía queden pendientes soluciones que reclama la lógica de la propiedad y su divisibilidad, y que la Ley podría proporcionar, modificando el status legal actual, que aún arrastra mucho lastre de ideas tradicionales ya obsoletas, sobre todo, las que consisten en negar al derecho la condición de real y, reducirlo a la calidad de obligacional o crediticio, mientras no recaiga sobre una materialidad física, integrada en la superficie del suelo o en una construcción, aun parcial, realizada o en realización, en su vuelo o subsuelo.

2.- EL SISTEMA DE FOLIO REAL.

Podemos destacar distintos elementos relacionados con la publicidad registral, es decir, son varios los "protagonistas que intervienen en la película inmobiliaria"[352]. El titular registral, como portador de los derechos sobre las fincas; el derecho real inscribible, como objeto de la publicidad registral; el acto o contrato de trascendencia real, como título material que es la causa de la publicidad registral; el título formal o documento, que constituye la prueba del acto o contrato relativo al derecho real y el asiento registral, como medio de llevar a cabo la publicidad registral. De entre todos estos elementos, destaca la finca. La finca más frecuente e importante en los tiempos actuales, es la edificación o construcción, y aun dentro de ella, cada piso o local en régimen de propiedad horizontal.

Tradicionalmente, se han distinguido dos sistemas en el Derecho comparado sobre la organización del Registro de la Propiedad: el sistema del folio real y el sistema del folio

---

Primer ejemplo. El Registro de la Propiedad no admite, como derecho real, la venta firme de un espacio comprensivo de un determinado aprovechamiento urbanístico de edificabilidad del que resulte la posibilidad de construcción de determinados pisos o locales futuros, si los mismos no forman parte de una propiedad horizontal ya constituida. Pero este criterio tiene llamativas excepciones, que hacen pensar hasta qué punto tiene razón de ser la regla general, en un momento, en el que el Derecho civil está en serio progreso de análisis económico. Si el Derecho urbanístico admite la negociabilidad jurídica de la edificabilidad en sí misma considerada, y el Registro de la Propiedad se ha desdoblado en dos áreas de contenidos, civiles unos y urbanísticos otros, ¿qué obstáculo puede haber para que la venta de un espacio edificable destinado a ser edificado en el futuro, y determinado en orden de altura en el vuelo, sobre un terreno, pueda reflejarse y publicarse para su oponibilidad a terceros, sea como propiedad, como derecho de acceso a la misma o como servidumbre personal de destino, de constitución voluntaria? Pero conforme al artículo 16 RH, hoy no cabría configurarlo como cesión de un derecho de edificación, mientras no exista, el soporte de una propiedad horizontal. Segundo ejemplo. No es inscribible en el Registro de la propiedad un convenio de división vertical del condominio sobre un terreno bidimensional no divisible por no alcanzar las parcelas resultantes las cabidas mínimas exigidas por la ordenación del territorio, aunque urbanísticamente sea susceptible de edificabilidad en varias alturas; pues lo impediría el que lo espacios de vuelo superior no sean aptos para abrir folio registral como fincas, al carecer de corporeidad material definida; salvo que se estableciera una propiedad horizontal. Finalmente, el tercer ejemplo, es el caso de la cesión total o parcial de propiedad actual o de edificabilidad de la misma, a cambio de partes de una construcción futura. Esta figura constituye una de las grandes asignaturas pendientes del sistema inmobiliario español, debido al desequilibrio brutal entre la prestación inmediata real y la contraprestación –diferida por la naturaleza de las cosas- cuya naturaleza se reduce a obligacional, pues el transmitente enajena desde luego en todo o en parte su derecho, mientras que la contraprestación queda dejada a un futuro incierto por considerar que el objeto sobre el que ha de recaer es jurídicamente inexistente, hasta que la construcción lo materialice; composición, que según el autor, linda con lo absurdo, existiendo en el acervo jurídico recursos como los *iura ad rem*, las condiciones *iuris*, e incluso, por obra y gracia de la *fictio* publicadora registral, espléndido acierto de seguridad del Derecho moderno, efectos *erga omnes* incluso de derechos que no tienen naturaleza real, como el arrendamiento, o que no siempre la tienen, como la opción de compra; y aun, otras situaciones que producen tal efecto por disposiciones directas de la Ley o actos administrativos de su ejecución, como sucede en el caso de las afecciones reales inscritas en el Registro, a tenor del Reglamento anexo al hipotecario de 4 de julio de 1997, por condiciones impuestas en licencias de las Administraciones locales y, otras reservas autenticadas. Vid. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana", en op. cit., págs. 1444-1445.

[352] GARCÍA GARCÍA, J. M., "La finca como base del sistema inmobiliario", en *RCDI*, núm. 625, noviembre-diciembre 1994, pág. 2437.

personal. La Ley hipotecaria de 1861 tiene, como una de sus principales características, haber implantado el sistema de folio real o llevanza del Registro por fincas, tomándolo de los precedentes germánicos, contrarios al sistema francés de folio personal, que consiste en la transcripción de los documentos en el Registro, tal como se vayan presentando, clasificados a través del fichero de personas o de propietarios, luego complementado por un fichero de fincas o inmobiliario.

Puede decirse que la finca fue, desde el principio, y lo sigue siendo ahora, la base del sistema inmobiliario español. Esto se ha expresado a través de una serie de frases, que están ya acuñadas y, que se suelen repetir por la doctrina y por la jurisprudencia de modo reiterado, y que explican el sistema inmobiliario español. Se suele decir que la finca es la base del sistema, que el Registro se lleva por fincas, que el sistema español es un sistema de folio real, que la finca es la unidad de cuenta: una finca, un derecho, que la finca constituye una unidad fundamental permanente y estable.

Todas estas frases, y otras similares, tienen su fundamento en los artículos 7, 8, 243 y 13 de la Ley hipotecaria. El art. 243 LH concreta que "el Registro se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos". A su vez el art. 7.1 LH, establece que "la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio"; y el art. 8 LH, según el cual, "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". El art. 13 LH señala el carácter exclusivo de la hoja registral al establecer que "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" (una excepción, serían las prohibiciones de disponer de origen legal, las servidumbres aparentes, que no requieren de inscripción para perjudicar a terceros).

Ante todo, el folio real o llevanza del Registro por fincas, responde al llamado principio de especialidad o determinación registral[353], que exige claridad en el historial de los inmuebles. Para conseguir plena certeza y seguridad de los derechos y del tráfico

[353] Sobre este tema vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "El principio de especialidad registral", en *RCDI*, núm. 625, noviembre-diciembre 1994, págs. 2389 y ss.

inmobiliario y del crédito, era necesario atenerse al principio de especialidad, centrando la eficacia de los derechos reales inmobiliarios sólo cuando recayeren sobre fincas concretas y determinadas, careciendo, en cambio de eficacia real, los derechos afectantes al patrimonio o conjunto de bienes indiferenciado de las personas, que sólo pueden tener la eficacia obligacional resultante de la responsabilidad universal por deudas. Con la llevanza del Registro por fincas, resultante del principio de especialidad, se produce un historial completo y claro a través del folio registral, que permitirá aplicar los principios de tracto sucesivo, calificación, prioridad, inoponibilidad, legitimación y fe pública, que son principios básicos en cualquier sistema inmobiliario moderno.

3.- EL PISO EN CONSTRUCCIÓN COMO FINCA REGISTRAL[354].

Algunos autores, han tratado de contraponer la finca registral, a las fincas materiales y funcionales, con la consecuencia de que la finca registral es considerada como un concepto puramente formal, como es la de figurar una cosa o un derecho como objeto de un folio registral. Siguiendo esta idea, se define la finca registral, como todo aquello susceptible de abrir folio registral[355]. Incluso, se ha pretendido sustituir el tradicional concepto de finca, por el de "entidad hipotecaria",[356] como comprensivo de las fincas propiamente dichas, y todos los entes físicos o jurídicos referidos a las mismas que, conforme a la Ley o al Reglamento Hipotecarios, pueden abrir el registro particular a que se refiere el artículo 243 de la LH.

Por otra parte, la finca material o finca en sentido estricto, se identifica con una extensión de terreno continúo, cerrado por una línea poligonal, que forma una unidad en el tráfico, estando siempre en el mismo sitio y que responde a una determinación geográfica y que corresponde en propiedad a una persona o a varias en proindiviso, con independencia de que se trate de fincas rústicas o urbanas, si están edificadas o no (definición que aparece en la Instrucción DGRN de 2 marzo de 2000). Luego se especifica que la finca funcional

---

[354] En las líneas siguientes, no pretendemos realizar un estudio profundo y sistemático del concepto de la finca registral, simplemente, hacer una pequeña referencia, a la doctrina aparecida en las últimas décadas, para observar si la institución registral está en disposición de acoger los nuevos objetos o realidades que están surgiendo. Henos tenido, especialmente, en cuenta la múltiples aportaciones que sobre la finca registral ha realizado GARCÍA GARCÍA.

[355] LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil*, III bis), *Derecho inmobiliario registral*, edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA y RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 57.

[356] SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo II, Madrid, 1955, pág. 219.

se centra en la finalidad social y económica de la finca, aludiendo a los supuestos en que la finca aparece como una unidad económica indivisible. Y por fin, se señalan una serie de supuestos, dentro del concepto de finca especial, entre ellos, los pisos y locales, a los que se considera fincas anormales por formar físicamente parte de una unidad superior[357].

Autores como GARCÍA GARCÍA[358], consideran que este tratamiento de la finca registral y, de sus contrapuestas fincas materiales y funcionales, así como, la forma de configurar las fincas especiales, tiene una serie de inconvenientes:

En primer lugar, porque lleva a la configuración de la finca registral como un ente ficticio o meramente formal, separado de la realidad, que es precisamente lo contrario de lo que es la finca registral, pues, si ésta tiene algún sentido, es por ser la misma finca material, una vez que accede a los libros registrales. La posible falta de coincidencia entre finca material y finca registral, se deberá a un problema patológico, de falta de concordancia entre el Registro y la realidad, que no interesa a efectos definitorios de finca registral, sino, únicamente, a efectos de tomar las medidas correspondientes para restablecer el paralelismo imprescindible de ambos conceptos.

En segundo lugar, la configuración de la llamada "finca material", como un trozo de terreno, no deja ver todos los supuestos posibles de finca, pues, ésta no siempre es un trozo de terreno.

Por otra parte, el concepto de finca funcional, más que un concepto contrapuesto al concepto de finca registral, constituye un límite mínimo, que ha de influir, en mayor o menor medida, según la normativa existente en cada caso, sobre el concepto de finca registral. Más que un nuevo supuesto de finca, se traduce en unos requisitos que han de exigirse para preservar la unidad mínima, a efectos del concepto de finca. Y por último, se considera que la enumeración tradicional de las fincas especiales, se lleva a cabo sin orden ni concierto, incluyendo dentro de ellas, supuestos como los pisos y locales, que son las fincas más frecuentes en los centros urbanos. Mal se pueden llamar fincas especiales, las que son normales en la práctica registral diaria.

---

[357] Sobre el concepto de finca, vid. DÍEZ GÓMEZ, A., "Sobre el concepto de finca", en *RDN*, núm. 52, abril-junio 1966, págs. 71-117. También GARCÍA CANTERO, G., "La finca como objeto de derecho real", en *RCDI*, 1966, págs. 281-307.

[358] GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1999, págs. 403 a 405.

Es cierto, que en su origen, los pisos y locales representaban una especialidad respecto de la finca clásica, que era el edificio o solar. Pero, por el principio de especialidad registral y el aforismo "una finca, un derecho", el legislador aplicó el concepto de finca, para dar claridad al sistema y evitar el amontonamiento de titularidades diferentes en un mismo folio. Es por ello, que podemos decir que los pisos y locales son fincas con unas características peculiares, como consecuencia de sus conexiones con la finca matriz, pero no son una finca especial[359], como concepto contrapuesto al ordinario de finca material.

Para obviar todos estos inconvenientes, GARCÍA GARCÍA propugna que ha de partirse del concepto de finca registral sin contraponerlo a la finca material, sino como algo identificado con ella, sin más que el añadido del ingreso de la misma en el Registro. Se ha de considerar, además, la finca funcional como uno de los límites o caracteres de la finca registral. Y en cuanto a las clases de fincas registrales, se ha de relegar el concepto de fincas registrales especiales a una serie de supuestos muy concretos, que se separan claramente de las notas más generales del concepto ordinario de finca registral.

Como concepto[360] de finca registral, GARCÍA GARCÍA[361], propone el siguiente: "es un bien inmueble consistente en el espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con una titularidad unitaria y objeto de tráfico como unidad, y por ello, susceptible de abrir folio registral, conforme al principio de especialidad."

---

[359] GARCÍA GARCÍA, considera "fincas especiales", una serie de supuestos que se apartan claramente del concepto general de finca registral, que mantiene el autor, por existir una serie de especialidades referidas fundamentalmente al concepto de delimitación física, aparte de otros aspectos. Dentro de este grupo incluye el supuesto anacrónico y de valor meramente histórico, que contempla el número 1º, del artículo 8 LH, que regula la pluralidad de parcelas en foro perteneciente a un único dueño directo, las fincas discontinuas, las aguas, el aprovechamiento urbanístico en algunos supuestos, el aprovechamiento por turnos, las cuotas indivisas de garaje y las concesiones administrativas; *vid*. "Comentario al artículo 8 de la Ley hipotecaria", *op. cit*., págs. 439 y ss.

[360] Otro concepto igualmente superador de esa imagen formal de la finca registral, lo encontramos en ARNAIZ EGUREN, que concibe la finca registral como "cada inmueble susceptible de derecho de propiedad independiente, descrito de forma suficiente para su identificación en la realidad y capaz, de acuerdo con la legislación, para abrir folio con número propio en un Registro organizado según el sistema del folio real"(vid. ARNAIZ EGUREN, R., "El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro", en *RCDI*, núm. 645, marzo-abril 1998, pág. 379).

[361] GARCÍA GARCÍA, J. M., "La finca como base del sistema inmobiliario", en *RCDI*, núm. 625, noviembre-diciembre 1994, pág. 2442; del mismo autor, "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", op. cit., pág. 405; también, "Teoría general de los bienes y de las cosas", en *RCDI*, núm. 676, marzo-abril 2003, págs. 961-962. También acoge este concepto, CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2000, pág. 465. Igualmente admite esta definición, RODRÍGUEZ OTERO, L., *Elementos de Derecho hipotecario*, tomo I, 2ª ed., Dijusa, Madrid, 2003, pág. 204.

De esta definición destaca[362] la concepción de la finca registral como un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente. Se consigna este carácter en sustitución de lo de "trozo de la superficie terrestre cerrado por una línea poligonal". Y ello porque el concepto de "espacio" es más amplio que el de trozo de superficie terrestre, y, por tanto, más adecuado para comprender las distintas clases de fincas. Sobre ello, ARNAIZ EGUREN[363], comenta que tanto la doctrina como la práctica, admiten la posible configuración de objetos de derecho diferenciados sobre y bajo la rasante de la superficie del suelo, de forma, que la finca ya no puede considerarse, en su acepción clásica, de porción de la superficie terrestre, sino, más bien, como el espacio en el cual es posible la construcción de una edificación susceptible de propiedad independizada.

Por otro lado, se añade que ha de ser "suficientemente delimitado", para destacar la importancia de la determinación, individualización e identificación de la finca, a través de su descripción. Esta delimitación sustituye a la idea de cerramiento por una línea poligonal que utilizaba la doctrina, pues, dado el concepto mas amplio de espacio, no cabe hablar exclusivamente de "línea". La expresión elegida "suficientemente delimitado", por llevar implícita su relación con los conceptos de descripción e identificación de la finca, aparece

[362] La definición, trata, por un lado, de superar la contraposición entre finca registral, material, funcional y especial. Por otra parte, el concepto de bien inmueble, implica relación del concepto con el art. 334 CC, que incluye las partes integrantes o inmuebles por incorporación y las pertenencias o inmuebles por destino, que, por sí solas, no son fincas, es por ello que no pueden abrir folio registral, pero pueden constar en la descripción de la finca, al ser partes de ella. Las partes integrantes son partes de una cosa, su función es constitutiva de la esencia o de la *perfectio* de la cosa, y tienen una conexión entre sí, normalmente corporal o física que da lugar a un conjunto único en su esencia. También cabe la conexión ideal (como ocurre con las fincas discontinúas, unidas en su destino económico), y la conexión jurídica, establecida por el Derecho, aunque en la realidad física no exista conexión ni colindancia. Es lo que ocurre con la servidumbre predial, respecto al predio dominante, y también con la cuota o participación que cada departamento de la propiedad horizontal tiene en los elementos comunes, que constituye una parte inseparable del piso o local. Las consecuencias de ello, es que no pueden ser objeto de derechos reales independientes, porque no son fincas, sino parte de ellas. Cabría excepcionalmente, el derecho de superficie respecto a las edificaciones, pero con carácter transitorio y no perpetuo. En el caso del derecho real de vuelo, se considera siempre como paso previo para una propiedad futura de pisos o locales integrados en una propiedad horizontal y configurado también con un plazo limitado. Igualmente, debe tratarse de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente lo que supone excluir aquellas fincas cuya explotación pudiera resultar inadecuada o antieconómica, como las parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o las segregaciones urbanas sin licencia por ser contrarias al planeamiento urbanístico (art. 23 Ley 4 de julio de 1995, de Modernización de Explotaciones Agrarias y art. 20.2 de Ley del Suelo de 13 de abril de 1998). Por último, el elemento subjetivo de la titularidad unitaria es esencial para la existencia de la finca. Con este carácter se pretende sustituir al equivalente que señala la doctrina de que la finca ha de pertenecer a un solo propietario o a varios proindiviso. Aunque no hay diferencia sensible entre una y otra nota, se ha querido destacar el concepto técnico de "titularidad", hablando de su carácter unitario en sentido amplio, sin limitarlo a la situación jurídica de pro indiviso, pues existen varias formas de comunidad que ofrecen igualmente una titularidad unitaria, como la comunidad romana, la germánica o especial (arts. 392.2 CC y 13 RH). Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., "La finca como base del sistema inmobiliario", en op. cit., págs. 2442-2449.

[363] ARNAIZ EGUREN, R., *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 47.

como esencial, conforme al principio de especialidad, para que pueda hablarse de una finca como separada y distinta de las demás colintandes. Esta delimitación puede existir a través de signos en la realidad física exterior, pero, lo importante, en el aspecto jurídico, es que queda bien delimitado el objeto de derecho, que es la finca, a través de la delimitación que resulta de las descripciones de los documentos y de los asientos, a poder ser completados con plano.

Siempre que una cosa pueda ser identificada, individualizándola, será apta para ser objeto de publicidad formal o registral, ya que, en los libros registrales se podrán reflejar perfectamente los datos necesarios para esta identificación, al mismo tiempo, que dichos libros la dotarán de una fuerte garantía de seguridad.

4.- EL NACIMIENTO DE LA FINCA REGISTRAL. LA INMATRICULACIÓN O PRIMERA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Inmatricular una finca, no es sino incorporarla al Registro. La finalidad de la inmatriculación es iniciar la vida registral de una finca que, hasta entonces, se movía, exclusivamente, fuera del Registro. En algunos sistemas, esta operación se realiza de oficio por el encargado del Registro, haciendo abstracción de los titulares del dominio y demás derechos reales sobre la finca. Ordinariamente, en estos sistemas, se destina en los libros para las determinaciones relativas a la descripción de la finca un lugar separado y distinto del destinado a los asientos relativos a los derechos sobre la misma.

En el sistema español, por el contrario, la inmatriculación constituye una operación registral compleja, que comporta, al menos, dos actuaciones sucesivas y complementarias: la apertura del registro particular de la nueva finca y la extensión del primer asiento de la misma, que, conforme al art. 7 LH, ha de ser, una inscripción de dominio. Podría hablarse de inmatriculación en sentido formal (apertura del Registro particular de una finca) y de inmatriculación en sentido sustantivo (primera inscripción de dominio) [364].

La doctrina, sin embargo, prefiere reservar el término inmatriculación para el acceso de la finca al Registro y el de primera inscripción, para el asiento en que se constata

[364] Vid. CURIEL LLORENTE, F., "Comentario del artículo 7 de la Ley hipotecaria", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 3º, (artículos 1 al 17 LH), dirigidos por ALBALADEJO y DIAZ ALABART, Edersa, Madrid, 1999, págs. 368 y ss. Las diferencias que establece entre inmatriculación y primera inscripción, son similares a las seguidas por LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil*, III bis), op. cit., págs. 335 a 338.

el dominio de la finca inmatriculada. Esta característica de nuestro sistema, fruto de una meditada decisión del legislador, ha hecho decir, a algunos autores, que en el sistema español no existe, propiamente, inmatriculación. Así, se hace notar la carencia de efectos jurídicos de la inmatriculación, desde un punto de vista formal, y, al contrario, las importantes consecuencias de la primera inscripción, a que se refiere el art. 7 LH.

La afirmación resulta exagerada e inexacta. La realidad es, que todo sistema registral llevado por fincas, cuenta con un procedimiento de acceso de la finca al Registro. La complejidad y alcance de este proceso dependerá del propio sistema jurídico civil. En sistemas jurídicos que otorgan a la inscripción eficacia constitutiva de los derechos reales, es decir, en que éstos sólo existen si existen en el Registro, la llegada de los derechos al Registro es inexcusable e inmediata. Por eso, en estos sistemas la inmatriculación no constituye un problema de índole jurídica, sino exclusivamente técnica: se trata de asegurar la identidad de la finca. Tal es el caso del sistema registral alemán.

Por el contrario, en los sistemas jurídicos en que la vida de los derechos reales se desenvuelve al margen del Registro, por no tener la inscripción eficacia constitutiva de los derechos inscritos, el acceso al Registro depende del poder de atracción de los beneficios que otorga al que inscribe. En tal caso, la inmatriculación de oficio, prescindiendo de la voluntad del dueño de la finca, tiene escasa razón de ser, pues nada permite asegurar, que, cuando el propietario decida llevar su derecho al Registro, la configuración de la finca siga siendo la misma. Por este motivo, parece razonable la decisión del legislador español de ordenar que la inmatriculación se realice necesariamente con ocasión y a través de una inscripción de dominio.

Históricamente, el temor del legislador a que el Registro pudiera convertirse en un medio de amparar la usurpación y el engaño, ha hecho prevalecer la atención a los problemas jurídicos, es decir, los relativos a la acreditación del dominio objeto de la primera inscripción. Esta circunstancia ha llevado a identificar inmatriculación y primera inscripción. La identidad no es absoluta: ni toda primera inscripción tiene, alcance inmatriculador, ni toda inscripción con alcance inmatriculador es la primera en orden formal.

En ocasiones, se abre folio registral a una nueva finca, a la que se asigna el número que, correlativamente, le corresponda, pero no se produce una auténtica inmatriculación,

por tratarse de una finca que procede de otra u otras ya inmatriculadas. Tal es el caso de la inscripción de fincas formadas por segregación, agrupación o división de otras ya inmatriculadas (arts. 45 a 50 RH), o de la primera inscripción de los diferentes departamentos independientes de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. (art. 8.5 LH).

En estos supuestos se realiza un proceso formal de inmatriculación, es decir, la apertura del Registro particular de una nueva finca, pero, al traer causa de fincas ya inscritas, no deben ponerse en funcionamiento los mecanismos de garantía del dominio que se inscribe por primera vez (art. 199 LH), sino, por el contrario, las exigencias del tracto sucesivo (art. 20 LH). No puede hablarse de verdadera inmatriculación.

Sería inexacto, sin embargo, afirmar que en tales casos el folio de la nueva finca deja de abrirse con una primera inscripción de dominio, aun en el supuesto especial contemplado por el art. 49 RH. La realidad es que el primer asiento del folio reflejará siempre el dominio de la nueva finca, aun en los caso en que, por no inscribirse una adquisición se constate la propiedad por referencia a la última inscripción de dominio de la finca o fincas de procedencia.

Por el contrario, en ocasiones una segunda o posterior inscripción tiene alcance inmatriculador. Tal ocurre cuando, habiéndose inmatriculado una finca con la inscripción del dominio menos pleno (dominio directo o útil) o parcial (cuota indivisa), se inscriba después en el mismo folio el otro dominio menos pleno u otra cuota indivisa del dominio (cfr. art. 377 RH).

Estas inscripciones posteriores no darán lugar a la inmatriculación, en sentido formal, por cuanto el registro o folio particular de la finca figura ya abierto y, por disposición legal (art. 243 LH), tales inscripciones deben extenderse precisamente en dicho folio, pero en cuanto constituyen el primer asiento de ese dominio o cuota indivisa, no inscritos con anterioridad, deberán de someterse a las prescripciones establecidas para producir su primera inscripción (art. 199 LH). Cabe hablar de verdadera inmatriculación.

El concepto de inmatriculación, en nuestro sistema, guarda relación con la finca y con el derecho: la finca queda siempre inmatriculada en su totalidad, pues no cabe una inmatriculación parcial, mientras que el dominio puede no quedar inscrito en su integridad.

Como consecuencia de lo dicho, en el Registro de la Propiedad constan dos tipos de datos completamente distintos. Por una parte, los destinados a precisar la descripción de las fincas que constituyen su unidad de cuenta, que serán datos de hecho, físicos o descriptivos. Y por otra, los datos jurídicos correspondientes a los derechos que el Registro publica, como consecuencia del acceso al mismo de los actos constitutivos, traslativos o extintivos de esos mismos derechos[365].

5.- PROPIEDAD HORIZONTAL Y CONEXIÓN DE FINCAS: FINCA MATRIZ Y FINCAS NUEVAS. CONEXIÓN POR PROCEDENCIA Y CONEXIÓN POR PERTENENCIA.

Siguiendo a GARCÍA GARCÍA[366], se pueden diferenciar dos tipos de conexiones[367] que mantienen las fincas nuevas que proceden o forman parte de una anterior finca matriz. Cabe distinguir el supuesto de conexión histórica o de procedencia, por tratarse de fincas que se forman y proceden de ella, pero que se han independizado completamente a efectos de su historial registral para lo sucesivo; se produce en los supuesto de modificación de

[365] En ambas modalidades de datos es posible que el Registro responda a la realidad o no responda, es decir, que su contenido no se ajuste a la verdadera descripción de la finca en la realidad física o a la titularidad verdaderamente existente. Sin embargo, la diferencia esencial entre ambos tipos de inexactitudes es que mientras, en el primer caso, cuando la descripción de la finca registral no se ajusta a la realidad física, como consecuencia de errores en los linderos, la medida superficial, en términos generales, la rectificación de los datos inexactos no puede operar más que en un sentido, el de la adaptación de los datos registrales a los realmente predicables del inmueble (sin olvidar, que la rectificación de ciertos datos físicos, en ocasiones, también requiere numerosos requisitos, como sucede con los excesos de cabida y la declaración de obra nueva). En cambio, cuando el dato inexacto se refiere a la titularidad de un derecho real, hay que tener en cuenta la presunción de exactitud que inviste a la declaraciones registrales, presunción que podrá jugar con un doble alcance, *iuris tantum*, cuando se trate de proteger al titular registral; y *iuris et de iure*, cuando se trate de proteger al adquirente, que reúna los requisitos del tercer hipotecario.

[366] Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., "La finca como base del sistema inmobiliario", en op. cit., págs. 2455 a 2458.

[367] CHICO Y ORTIZ, dentro de las "fincas especiales", hace referencia a un supuesto, representado por las fincas especiales por su conexión, *conexión que puede ser simplemente hipotecaria*, cuando la finca nueva cobra vida propia independizándose de la finca de la que formó parte que queda muerta, se trata de los supuestos de modificaciones hipotecarias, de agrupación, segregación, agregación y división. Y una *conexión permanente*, porque no se extingue la vinculación entre la finca matriz y la nueva, como ocurre en la propiedad horizontal; (vid. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo I, op. cit., pág. 468). Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en cuanto a la conexión de las fincas nuevas que surgen por la constitución del régimen de la propiedad horizontal, con la finca matriz, tiene una peculiar visión. El autor considera que los diferentes hechos o actos que afectan a la finca –base objetiva de los derechos registrados-, pueden ser clasificados según afecten o no a la unidad de la finca, en: A) Hechos modificativos que no afectan a la unidad registral de la finca: la obra nueva, las aguas no inscritas. B) Hechos que modifican la unidad registral de la finca: la agrupación, segregación, división y agregación. C) Hechos que, respetando la unidad registral de la finca, determinan la apertura de nuevos folios relativos a objetos que, aunque integrantes de la finca matriz, son considerados registralmente como objetos de derechos autónomos: la constitución de propiedad horizontal, la constitución de cuotas indivisas de finca destinada a garaje (o trasteros), la constitución del régimen de aprovechamiento por turno y las comunidades de aguas privadas. *Vid*. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 499 a 508.

entidades hipotecaria (segregación, agrupación, agregación y división[368], regulados en los artículos 45, 46, 47 y 48 RH), donde las nuevas fincas formadas tienen, a partir de su creación, vida plenamente independiente y no tienen más conexión que la resultante de su pasado por razón de las cargas y el título de procedencia.

Por lo que se refiere a las cargas, la finca nueva arrastra todas las cargas que tenía la finca matriz, sin perjuicio de las nuevas cargas que en adelante se refieran exclusivamente a esa nueva finca. Por lo que se refiere al título adquisitivo, como la modificación hipotecaria no constituye propiamente título de adquisición, se mantiene el título adquisitivo de la finca matriz (compraventa, donación, herencia, etc.), como caracterizador de la nueva o nuevas porciones resultantes, sin perjuicio de que una vez que se produzca un nuevo título en el historial de la finca nueva, el título adquisitivo de la matriz ya no tendrá más que un valor histórico y no vigente.

Por todo ello, en estos supuestos de conexión histórica o por razón de procedencia, los artículos 46, 47 y 48 RH exigen como requisitos de constancia de tales modificaciones la expresión de la procedencia de las fincas y las cargas vigentes. Si a ello se une que en la finca o fincas matrices se hace constar por nota marginal la nueva o nuevas fincas formadas, queda clara la conexión entre finca matriz y las fincas nuevamente formadas.

Como consecuencia de lo anterior, un requisito de la segregación, es que la porción de finca a segregar ha de ser susceptible jurídicamente de separación, no cabe considerar como unidades jurídicas absolutamente independientes, lo que no son sino partes inseparables de un todo único respecto del cual pueda predicarse la individualidad fáctica[369].

---

[368] LA RICA (*Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 671) califica estas operaciones de "modificaciones cuantitativas". LACRUZ (en *Elementos de Derecho civil*, III bis), *Derecho inmobiliario registral*, op. cit., pág. 70) habla de "modificaciones librarias" en las fincas inmatriculadas. ALBALADEJO, habla de "modificaciones formales". Los actos de agrupación, agregación, segregación o división de fincas, por operar sobre la finca registral en sí, tienen propiamente naturaleza tabular y como tales son de índole inmatriculadora, porque en rigor no son actos, contratos, negocios jurídicos o decisiones judiciales o administrativas por virtud de las cuales se transmita o declare el dominio de los inmuebles, se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales limitados inmobiliarios, se otorguen arrendamientos o derechos de opción de compra inscribibles, u otros actos sustantivos o de derechos.

[369] En la presente Resolución de la DGRN de 26 de junio de 1987 [RJ 4841], se pretendía segregar de un edificio de dos plantas, no constituido en propiedad horizontal, un local de planta baja con la correspondiente porción de solar, para su agrupación a otro local perteneciente a un edificio colindante; es decir, el local que se pretendía segregar no constituía por sí solo una construcción autónoma, ni era parte del

No es posible segregar un piso o local de un edificio, aunque pertenezca en porciones determinadas a distintos dueños, sin o con régimen de propiedad horizontal, ya que, incluso si está constituido este régimen, la posibilidad de ser inscrito cada piso o local como finca independiente en el Registro no entraña una verdadera segregación. CHICO Y ORTIZ[370], considera que el sistema que adopta la Ley de propiedad horizontal para la práctica de las inscripciones de propiedad horizontal es el de dualidad de folios, rechazándose el de folio único que acumularía con falta absoluta de claridad el historial de muchas fincas que forman parte integrante de un solo edificio. Inscrito el conjunto del edificio mediante el título constitutivo de la propiedad horizontal, van realizándose las sucesivas inscripciones de cada piso o local que puede constituir finca independiente, pero sin que se produzca segregación, sino una operación semejante en su forma, pero no en sus efectos. La inscripción de finca o local sigue relacionada con la del edificio entero y ésta, a su vez, con la de cada uno de los pisos o locales. Es una independencia integrada dentro del régimen de propiedad horizontal.

En cuanto a la conexión permanente o de pertenencia, en este supuesto, la conexión entre la finca matriz y las fincas nuevas no es meramente histórica, pues, la conexión se mantiene a todo lo largo de la vida de esas fincas nuevas (conexión permanente), y además, las nuevas fincas, a pesar de ser nuevas entidades registrales, forman parte físicamente de la matriz (conexión de pertenencia)[371].

Esta forma de conexión permanente y de pertenencia se da en los supuestos de propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y urbanizaciones particulares, cuya regulación se encuentra en los números 4 y 5 del artículo 8 LH, y también en el

---

edificio colindante al que se quería agrupar, sino que se hallaba integrado en el edificio matriz formando con él un todo inescindible físicamente.

[370] CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo I, op. cit., págs. 787-788.

[371] A veces se produce simultáneamente en la propiedad horizontal un supuesto de conexión histórica con una finca matriz y conexión permanente con otra finca matriz. Se trata de los supuestos de segregación o división de entidades de la propiedad horizontal, pues los nuevos departamentos mantienen una conexión meramente histórica en cuanto a las cargas de procedencia respecto al departamento matriz del que derivan, pero al quedar formadas como nuevas entidades de la propiedad horizontal mantienen una conexión permanente con el edificio matriz. No cabe descartar conexión doble o triple con sucesivas fincas matrices como puede ocurrir en los conjuntos inmobiliarios. Otra especialidad en las conexiones es el supuesto de la Resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1987 (RJ 3855), que se refiere a la agrupación de cinco fincas formando una finca destinada a garaje, perteneciendo tres de las fincas agrupadas a tres propiedades horizontales distintas. La finca resultante de la agrupación tiene conexión histórica con las fincas agrupadas; pero la especialidad es que dichas fincas agrupadas mantienen conexión permanente con cada una de las propiedades horizontales en que están integradas, sin que sea obstáculo a ello la existencia de la agrupación. Por tanto, las fincas agrupadas tienen una doble conexión: con la finca resultante de la agrupación; y con los edificios matrices de los que forman parte; y a través de dichas fincas, la resultante también queda conectada con el total edificio matriz.

aprovechamiento de inmuebles por turnos, si bien esta figura da lugar a una finca especial. La conexión entre finca matriz y fincas nuevas ofrece en estos supuestos de permanencia y de pertenencia, una serie de características: la finca matriz no sólo es la finca de procedencia histórica, sino que es la finca de la que forman parte a todo lo largo de su vida, las distintas entidades o departamentos que la componen. Es en la finca matriz donde se hacen constar los elementos comunes del total edificio y las normas o estatutos del régimen de propiedad horizontal, que afectan a todas las fincas nuevas que componen las misma. La titularidad sólo figura en la finca matriz de forma provisional o histórica, pues sólo en un primer momento se produce una coincidencia entre la titularidad de la finca matriz y de las entidades que la componen, ya que en el futuro éstas tendrán su propia titularidad y sus vicisitudes, quedando petrificada en la matriz una titularidad antigua que carecerá con el tiempo de vigencia. El folio de la finca matriz estará siempre vigente en cuanto a la constitución del régimen de propiedad horizontal, pero no en cuanto a la titularidad registral.

Respecto a las nuevas fincas que se forman por apertura de folio, en sus respectivas inscripciones ha de constar la conexión con la matriz, la cuota que a cada una corresponde en los elementos comunes de la total finca matriz, los anejos y derechos de uso exclusivo sobre determinadas porciones de elementos comunes. En cuanto a las cargas, cada una de estas entidades tendrá las cargas de procedencia de la finca matriz, más las propias específicas de ella que se vayan produciendo en el futuro. En cuanto a la titularidad, si bien en un primer momento se producirá coincidencia de titularidades entre la finca matriz y las que la componen, con el tiempo, la titularidad de la finca matriz se convertirá en meramente histórica, y cada entidad tendrá su propia titularidad fruto de las propias vicisitudes de su historial.

La forma de consignarse registralmente la conexión es similar al caso anterior de conexión histórica, si bien, en lugar de reflejar que se trata de finca que procede o se forma de una determinada matriz, aquí hay que reflejar la actualidad de la conexión, diciendo que “forma parte de dicha finca matriz”. Todo lo anterior origina el sistema de pluralidad de folio registral.

6.- PROPIEDAD HORIZONTAL Y PLURALIDAD DE FOLIO REGISTRAL.

En el sistema inmobiliario registral español rige el principio de unidad de folio registral, es decir, apertura de un solo o único registro particular para cada finca, que estará constituido por los folios necesarios para concentrar su historial jurídico.

Pero, este principio de unidad o unicidad del folio registral ha sufrido, en los últimos tiempos, determinadas excepciones, impuestas por la aparición de nuevas situaciones jurídico-reales, generalmente de carácter complejo. Precisamente esta complejidad ha fundamentado la admisión de un sistema de pluralidad de folios registrales, con el fin de proporcionar una mayor claridad al contenido de las inscripciones o asientos y de descongestionar los Registros de la Propiedad.

De este modo, el sistema de pluralidad de folios, excepción del de unidad registral, supone la apertura de una hoja o folio principal o matriz, que se refiere a la finca en su conjunto, con publicidad de todas las vicisitudes jurídicas relativas a la misma, y la apertura de hojas especiales o filiales para cada uno de los elementos que componen la finca global, considerados como fincas independientes de éstas, que reflejan el historial jurídico particular de cada una de ellas, sin perjuicio de quedar asimismo afectadas por el historial jurídico de la finca matriz, que se refiere a ésta en todo su conjunto. Estos supuestos de excepción se concretan en la propiedad horizontal, los aprovechamientos comunales de aguas (se recoge en los últimos cuatro párrafos del artículo 66 RH), las fincas destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos, los complejos inmobiliarios y el derecho de aprovechamiento por turnos[372].

Efectivamente, del artículo 8, en sus párrafos 4º y 5º LH, se desprende que el sistema de acceso al Registro del régimen de la propiedad horizontal[373] bascula en torno a

---

[372] ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario, Fundamentos de la publicidad registral,* tomo III, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, pág. 296.

[373] Son muchos los autores que consideran meramente facultativa o voluntaria la inscripción, como fincas independientes, de los pisos o locales, integrados en edificios sometidos al régimen de la propiedad horizontal, lo cual, entorpecería, considerablemente, la mecánica del Registro, con merma de la deseable claridad de los asientos registrales. A nuestro entender, esta voluntariedad inicial desaparece cuando los pisos son objeto de actos de disposición posterior. Y dado que existe conformidad, en cuanto a la necesidad de inscripción separada y especial de cada piso o local, para proceder a hipotecarlo, con mayor razón, habrá que afirmar esa necesidad en presencia de actos dispositivos que ya encierran una enajenación, no en potencia, como el caso de la hipoteca, sino real y actual. Sobre este tema vid. FUENTES LOJO, J. V., *La Ley de propiedad horizontal, después de la reforma de 6 de abril de 1999*, tomo II, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 818-819; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Código de propiedad horizontal, (comentarios y formularios),* con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, J., tomo I, Edersa, Madrid, 1997, pág. 362. Para

la dualidad de folios, uno para el edificio en su conjunto, en el cual se inscribirá la escritura de división horizontal y, en su caso, los estatutos, y otros tantos para cada una de las unidades susceptibles de aprovechamiento independiente, fincas registrales autónomas, en que aquél se divida, de tal modo que para cada propietario de un piso o local la información registral de su interés vendrá dada por la combinación de los dos aludidos folios, de ninguno de los cuales podrá prescindir en la concreción de la situación jurídica del objeto de su exclusivo dominio. Ello se presenta particularmente importante, por cuanto atañe a la existencia de servidumbres u otras cargas reales sobre los elementos comunes el edificio, las cuales, aunque ello fuera lo deseable, no constarán, de ordinario, inscritas en el folio del piso o local privativo, a veces, ni siquiera apuntadas mediante una nota de referencia, por lo que la consulta del folio del edificio devendrá esencial para conocer su realidad y alcance.

Sin embargo, algunas resoluciones judiciales han estimado, con base en la inoponibilidad que deriva del art. 13 LH, que el adquirente de una unidad privativa en un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal no queda vinculado por las servidumbres o cargas afectantes a elementos comunes, si no constan inscritas en el folio correspondiente a su propio piso o local, con independencia de que efectivamente figuren en el edificio, sentido en que se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de junio de 1970 (RJ 2785)[374], en relación con la instalación de una torre de refrigeración en la

---

ZANÓN MASDEU (*La propiedad de casas por* pisos, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, pág. 445), el sistema del doble folio, debe interpretarse de la siguiente manera: "en la inscripción de la finca en su conjunto, se deben registrar, únicamente, los derechos reales y los contratos de naturaleza real que afecten al edificio en su conjunto, como entidad *per se*, entre ellos, las modificaciones de los estatutos, la constitución de hipotecas, las servidumbres y demás limitaciones o gravámenes que afecten a toda la finca, etc. En la inscripción de los distintos pisos o locales, se harán constar los derechos reales que afecten exclusivamente a los mismos, extendiéndose la correspondiente nota marginal de referencia en la inscripción correspondiente a la finca en su conjunto, y en los distintos pisos o locales, según los casos". Sobre este tema vid. *Actas del I Simposio sobre propiedad horizontal*, celebrado por las CÁMARAS OFICIALES DE LA PROPIEDAD URBANA DE LA ZONA DE LEVANTE octubre 1972, Valencia, págs. 60 y ss.

[374] Considera el TS que la reserva de tal facultad, que se califica de verdadero derecho real, "en el aspecto pasivo, entraña una limitación al contenido normal del dominio que, de no mediar aquélla, correspondería a dichos titulares, por lo que conforme a lo prevenido en el párrafo primero del art. 13 LH, para que pudiera surtir efectos frente a esos terceros sería menester que constase en las inscripciones de las fincas sobre que recae, es decir (...), en las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes". Sobre esta sentencia, LUCAS FERNÁNDEZ, mantiene que las cargas que afectan sólo a elementos comunes (la azotea lo es), deben hacerse constar sólo en el folio matriz del edificio en su conjunto; y va más lejos, al señalar que las cargas y limitaciones que afecten a los anejos vinculados a las viviendas, en tanto que son partes no privativas, se deben anotar en el mismo folio común y no en el individual de la finca de la que los anejos son pertenencia ("Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1970", en *ADC*, fasc. I, 1971, págs. 235 y ss.).

azotea del edificio, prevista en la escritura de división horizontal inscrita, y en el que han insistido algunas Audiencias[375].

A nuestro juicio, no obstante, pese al loable propósito de resoluciones judiciales como las citadas, en aras de la protección integral del adquirente de pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, la correcta interpretación del art. 13 LH no puede alcanzarse en este ámbito sin tener presente el peculiar sistema de acceso al Registro de este régimen jurídico, y en concreto, la dualidad o pluralidad de folios. En este sentido, sin perjuicio de que el comprador pueda alegar efectivo desconocimiento del título constitutivo al tiempo de aceptarlo o de que puede emprender las correspondientes acciones contractuales contra el vendedor que vendió como libre lo que en realidad estaba gravado por una servidumbre[376], entendemos que la constancia de una servidumbre sobre un elemento común inscrita en el folio del edificio es suficiente, desde el punto de vista estrictamente registral, para que se dé cumplimiento a la exigencia del art. 13 LH que es presupuesto para su oponibilidad al comprador de una unidad privativa[377].

Del mismo modo que al registrador le es exigible comprobar si existen ya otros propietarios diferentes del constructor otorgante del título constitutivo, lo que verificará mediante la consulta de los folios separados de los pisos o locales, para determinar si ha de admitir o vedar el acceso a los libros de los actos dispositivos o de gravamen que aquél pretenda unilateralmente realizar (modificación de la escritura de división horizontal, segregación de parte de la finca registral en que el edificio se asienta...)[378], sin que pueda

---

[375] Puede verse, en este sentido, una pequeña referencia al art. 13 LH, con la orientación indicada, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de febrero de 1993 (en *Actualidad Civil*, 1993-3, págs. 1384-1386), en relación con la inoponibilidad al comprador de un piso, en cuya escritura pública de venta se hacía constar expresamente la inexistencia de cargas y gravámenes, de una servidumbre de instalación de letreros en azotea que constaba en la escritura de división horizontal, que aquél declaró conocer y aceptar. No obstante, el razonamiento esencial que fundamenta esta resolución judicial no es de orden registral, sino la insuficiencia de una cláusula del tenor, generalmente de estilo y no acompañada por un conocimiento real y efectivo del título constitutivo y su contenido concreto, para vincular al adquirente.

[376] No sólo es objeto de venta, en régimen de propiedad horizontal, el piso o local privativo, sino también, según se deduce de los artículos 396 CC y 3 LPH, la participación que corresponda en los elementos comunes del inmueble.

[377] En este sentido, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Comentario a la Disposición adicional única de la Ley 8/1999", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, BERCÓVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 841-842.

[378] No puede darse trascendencia registral a los actos que tengan por objeto la totalidad de la finca en que el edificio ha sido erigido, por el hecho, de que conste en el folio correspondiente a ella, exclusivamente como titular registral, el que fue propietario único. El principio de tracto sucesivo, en el régimen de propiedad horizontal, exige la conexión de tal folio con todos los demás abiertos a las diferentes unidades independientes, como se desprende de la RDGRN de 12 de noviembre de 1991 (RJ 8631), que destaca que, aunque la segregación de terreno discutida se hubiese realizado antes de que se hubiera vendido ningún piso

limitarse a analizar el contenido del folio abierto al edificio, también habrá de entenderse que los propietarios de los pisos o locales estarán vinculados por las cargas, limitaciones o servidumbres sobre espacios comunes que figuren en aquél, sin una reducción, inadmisible dado el sistema del art. 8, párrafos 4º y 5º LH, al folio de su propia unidad privativa[379].

II.- DESCRIPCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LOS PISOS INTEGRADOS EN EDIFICIOS CONSTITUIDOS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

La descripción y la identificación de la finca constituye una exigencia del principio hipotecario de especialidad, que es uno de los fundamentales del sistema registral. La descripción de la finca, es la expresión de los datos y características de la finca, al objeto de identificarla. Así, la descripción se encuentra al servicio de la identificación.

La descripción de los edificios viene regulada, no sólo por disposiciones contenidas en la legislación hipotecaria y en la Ley de propiedad horizontal, también encontramos numerosas referencias sobre este tema en la normativa urbanística, ante la necesidad de lograr la conveniente coordinación entre el Registro de la Propiedad, la acción administrativa urbanística y el Catastro, todo ello con una finalidad, conseguir la necesaria conexión entre la realidad física y la jurídico-registral.

---

y, fuera por ello correcta desde el punto de vista civil sustantivo, no podría tener acceso al Registro por haberse anticipado en la inscripción títulos incompatibles, cuales son las ventas de los pisos o locales.

[379]Sobre este tema, ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., (*El estatuto de la propiedad horizontal*, Comares, Granada, 2000, págs. 324-325) propone realizar una interpretación extensiva del artículo 218, apartado b), RH (en lo relativo a la inscripción de las hipotecas que recaigan sobre el edificio en su conjunto), para aplicarlo, igualmente, al estatuto privativo de los edificios. De tal forma, que cuando la casa se encuentre inscrita en su conjunto, y además lo estuvieran bajo número diferente los pisos y locales de la misma, se practique una inscripción extensa del estatuto en el folio correspondiente al edificio en su conjunto, e inscripciones concisas en los folios abiertos a cada uno de los pisos, recogiéndose en éstos, aparte de la referencia al folio general, aquellas cláusulas que presenten particular incidencia en la titularidad del piso o local (*v. gr*., las limitaciones de uso o las servidumbres que recaigan sobre cada piso). Esta solución presenta la indudable ventaja de facilitar, por la simple consulta del folio abierto a cada piso, el conocimiento del contenido del estatuto, o, al menos, del alcance efectivo del mismo respecto de ese elemento privativo. Si bien, en el estado en que se encuentra nuestra legislación, parece suficiente con la remisión que se haga al folio matriz para que el estatuto desarrolle su eficacia general, según el art. 5.3 LPH. En esta misma dirección, DÍAZ MARTÍNEZ (*Propiedad Horizontal y Registro de la Propiedad: título constitutivo y responsabilidad patrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 33), destaca la necesidad de una reforma que imponga legislativamente la obligación de hacer constar en el folio registral de cada una de las unidades independientes de un edificio, a través de una nota marginal, que existen derechos reales limitados o cargas de cualquier tipo que gravan los elementos de titularidad compartida del inmueble, lo cual exige, obviamente, la obligación correlativa impuesta a los notarios de relacionar tales cargas en las escrituras relativas a los pisos o locales que ellos autoricen.

1.- CONDICIONAMIENTOS URBANÍSTICOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN Y DE OBRA NUEVA CONCLUIDA.

Tras la finalización de las obras de construcción de un edificio que se somete al régimen de la propiedad horizontal, pueden advertirse discordancias de una doble índole, en relación con el título constitutivo del inmueble.

Por un lado, contradicciones entre la escritura de división horizontal y la realidad material del edificio, problemas que están especialmente en relación con elementos comunes de que iban a disfrutar todos los condóminos, que acabaron convertidos en unidades privativas enajenadas a otros adquirentes, pero que pueden derivar, también, de la construcción final de unidades no previstas en la escritura de división horizontal (entreplantas, sótanos), cuya existencia real incide negativamente en los derechos dominicales singulares de quienes realizaron sus adquisiciones con base en el título constitutivo, como puede desprenderse del hecho de que tales espacios no tengan atribuida cuota de participación en el régimen de la propiedad horizontal.

Por otra parte, se puede apreciar falta de correspondencia entre el proyecto, la licencia de obras y la declaración de obra nueva y el título constitutivo. Este problema se ha intentado atajar mediante la exigencia, por parte de los notarios y los registradores, de la licencia de edificación, así como una certificación extendida por técnico competente que acredite la finalización de la obra conforme al proyecto inicialmente establecido, para que pueda ser testimoniada en la correspondiente escritura. Sin el cumplimiento de este requisito, no se autorizarán ni inscribirán escrituras de declaración de obra nueva.

En vista de lo anterior, y si observamos las últimas reformas del Reglamento hipotecario, comprobaremos que muchas de ellas van encaminadas a acreditar, en el Registro de la Propiedad, el cumplimiento por parte de los titulares registrales, de las disposiciones normativas en materia urbanística, con la finalidad de que la institución registral no publique situaciones que son ilegales, desde el punto de vista de la legalidad urbanística y del planeamiento vigente.

Ahora bien, la corriente de exigencias de justificación del cumplimiento de requisitos administrativos no había afectado, todavía, directamente a la propiedad

horizontal; es decir, aún no se exigía la acreditación de haber obtenido licencia alguna para proceder a la división en régimen de propiedad horizontal de un edificio ya declarado.

Esta afirmación encuentra una excepción, quizá un poco indirecta, en el RD 1093/11997, 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, concretamente en sus artículos 45 y 53, este último aparece precedido por el epígrafe "requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal".

A) La declaración de obra nueva como paso previo a la división horizontal.

El artículo 8, en sus números 4 y 5 LH, para la inscripción del régimen de la propiedad horizontal, no exige que, previa o simultáneamente, conste la declaración de obra nueva. No obstante, dado que para poder constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal, es necesario que la construcción esté concluida o, al menos, comenzada, la división horizontal suele otorgarse, de forma unitaria, con el acto de declaración de obra nueva en construcción, constituyendo, materialmente, un solo documento. Además, esta declaración viene sustancialmente contenida en la descripción obligatoria del edificio a que se refiere el artículo 8.4 LH y 5 LPH. Pues no se puede dividir el edificio en propiedad horizontal, si previamente no se describe, enumerando sus pisos y locales y la superficie construida; y esta descripción es la declaración de obra nueva que no requiere una separación documental del propio negocio de división horizontal. Cuando el artículo 8.5 LH exige para poder constituir cada piso o local, como una unidad registral independiente, que conste previamente la inscripción del edificio y su constitución en régimen de propiedad horizontal, está requiriendo, implícitamente, una declaración con efectos registrales de la existencia de la obra que ha de dividirse.

No existe en la legislación hipotecaria ningún precepto que declare, expresamente, la naturaleza constitutiva u obligatoria de la inscripción registral de la declaración de obra nueva. Es por ello, que llama poderosamente la atención la Resolución de la DGRN de 20 de marzo de 2000. De este pronunciamiento, emitido por el Centro Directivo, a propósito de una consulta que les fue elevada por la Asociación de Promotores y Constructores de España, en torno al artículo 20 de la Ley de ordenación de la edificación, parece desprenderse, sorprendentemente, que si bien la declaración de obra nueva en construcción

no es obligatoria, en cambio, en lo referente a la declaración de obra nueva concluida, esta Resolución parece imponer la exigencia de tal inscripción registral.

a) Aproximación a su naturaleza jurídica.

En torno a la naturaleza de la obra nueva, se plantean dos cuestiones fundamentales[380]: si se refiere únicamente a circunstancias descriptiva o físicas de la finca, o por el contrario implica algo más; y como segunda cuestión, si se trata de un acto de disposición o de administración.

Ha habido autores que conciben la declaración de obra nueva dentro del mundo de los hechos y de los datos físicos y descriptivos, sin trascendencia jurídica alguna[381]. Y hay otros, que la relacionan con la adquisición del dominio de lo edificado por parte del dueño del suelo, como efecto jurídico de la accesión[382].

Evidentemente, la declaración de obra nueva se integra por aspectos descriptivos o físicos, y al mismo tiempo, por aspectos jurídicos, sin que puedan admitirse posiciones parciales[383]. Así, por una parte la declaración de obra nueva implica la realización de la descripción de la finca incluyendo elementos que anteriormente no existían. Ello sirve para

---

[380] RODRÍGUEZ OTERO, L., *Elementos de Derecho hipotecario*, tomo I, 2ª ed., Dijusa, Madrid, 2003, págs. 323 y ss.

[381] En esta línea, ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, t. II, 7ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, pág. 541), considera la obra nueva como una operación inmatriculadora, dado que no supone una inscripción de un acto de constitución, de reconocimiento, modificación o transmisión o extinción del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos, sino únicamente tiene por objeto constatar en el Registro de la Propiedad un cambio en las circunstancias materiales expresadas en la inscripción bajo la cual figura inmatriculada una finca. También GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de Derecho hipotecario*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pág.111.

[382] RAMOS FOLQUES, R., ("La regulación jurídico-registral de la edificación", en *RCDI,* núm. 318-319, 1954, págs. 835 y ss.), entiende que la obra nueva afecta siempre a los derechos, se inscribe siempre el derecho de adquisición de la obra; la nueva descripción es como la inmatriculación del edificio u obra nueva, que va acompañada, forzosamente, de un derecho. En igual sentido se pronuncia MONET Y ANTÓN ("Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de propiedad horizontal", en *Estudios de Derecho notarial publicados en el Centenario de la Ley del Notariado*, Sección segunda, vol. I, Madrid, 1962, págs. 273-274), quien estima que la declaración de obra nueva supone una manifestación o declaración de propiedad o dominio, que patentiza una relación dominical sobre la obra nueva declarada, cuya propiedad resulta derivada de la legitimación básica que presta la titularidad del solar, con el juego de las presunciones legales y las manifestaciones del otorgante. Por eso, tiene esencia y virtualidad constitutiva más que traslativa, y la propiedad afirmada surge *ex novo* y en su alcance registral con esencia inmatriculadora. También HERNÁNDEZ CRESPO, C. M., "La accesión invertida", en *RCDI*, núm. 491, 1972, págs. 739 y ss.

[383] GARCÍA GARCÍA, considera sintomático, que el Título de la Ley hipotecaria, bajo el que queda comprendido el precepto regulador de la obra nueva, se titula "de la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica", por tanto, se trata de la realidad jurídica, y no meramente física (vid. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Urbanismo y Registro,* tomo V, Civitas, Madrid, 1999, págs. 447-448). También ARNAIZ EGUREN, considera la obra nueva como un hecho accesorio, que genera la adquisición del dominio de lo edificado por parte del dueño del suelo, de acuerdo con los artículos 358 y ss. CC (vid. *La inscripción registral de actos urbanísticos*..., op. cit., pág. 346).

completar la descripción del terreno con una descripción de la edificación, y con la descripción de la finca en su conjunto como resultado de la obra nueva realizada. Pero, por otra parte, la obra nueva consiste también en un objeto jurídico que se integra, como consecuencia de la accesión, en la finca formando parte de ella, con lo que el titular del dominio extiende sus facultades dominicales sobre la misma, lo que significa que extiende su dominio sobre un nuevo objeto, que, de ese modo, por extensión, es adquirido por accesión.

Al margen de dicha precisión conceptual, dentro del conglomerado de supuestos que hay dentro de la accesión, hay hechos, actos y hasta negocios jurídicos[384]. La edificación, sea en suelo propio (art. 353 CC), o en suelo ajeno (art. 361 CC), es el prototipo de los denominados "actos reales", ya que la edificación u obra nueva consiste en la mera ejecución o realización voluntaria de actos, cuyos efectos se producen *ex lege*, como en todo acto jurídico. Esos efectos *ex lege* consisten en la incorporación de la edificación al dominio del suelo, como consecuencia de la regulación legal de la accesión.

Una cosa es la obra nueva o edificación, que es un acto jurídico real de ejecución, y otra, la declaración de la obra nueva. GARCÍA GARCÍA[385] considera la declaración de obra nueva como un acto jurídico consistente en la exteriorización de la voluntad, que quiere mostrar documentalmente el acto real de ejecución o realización de la edificación. Con esta declaración se consigue reflejar documentalmente la modificación del objeto del derecho real. Pero esta modificación es consecuencia de la accesión y del acto real de la edificación. Además, a diferencia de los negocios jurídicos, no hay en la declaración de obra nueva ninguna autorregulación vinculante de los propios intereses, sino mera formalización del acto real de edificación para su acceso al Registro de la Propiedad, y para posibilitar otros actos o negocios jurídicos posteriores.

---

[384] Sabido es que los actos jurídicos se diferencian de los negocios jurídicos en que aunque son todos ellos voluntarios, en los actos jurídicos en sentido estricto, la voluntad interviene como fuente generadora del acto, pero los efectos se producen ex lege. Además, en los actos jurídicos no hay autorregulación vinculante de los propios intereses, que es la característica fundamental de los negocios jurídicos, junto a la de tratarse de una o varias declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos. Dentro de los actos jurídicos, hay toda una serie de clases o grupos, según se trate de exteriorizaciones de voluntad, de ciencia o de dar conocimiento o de sentimiento, frente a otro grupo de actos jurídicos que consisten en ejecuciones o realizaciones, y no meras declaraciones, y que por ello se denominan actos reales.

[385] vid. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Urbanismo y Registro*, tomo V, Civitas, Madrid, 1999, págs. 451-452.

Lo anterior, se encuentra estrechamente enlazado con el tema de los requisitos subjetivos para realizar la declaración de obra nueva. Concretamente, en los supuestos de pluralidad de propietarios, el problema que surge es si la declaración de obra nueva la puede realizar uno solo, o bien, la mayoría, o bien la totalidad de los mismos.

Si bien, como mera declaración de voluntad podría considerarse como un acto jurídico de administración, siendo la edificación un acto real, cuya formulación se realiza en la declaración, ese acto real como alteración de la cosa, requiere la unanimidad. En esta línea, y de forma muy aceptada, las Resoluciones del 20 y 21 de febrero de 1969[386], exigen, tratándose de casos de copropiedad, el consentimiento de todos los partícipes, en base al artículo 397 CC.

Más allá de tales disquisiciones conceptuales sobre la posible naturaleza jurídica de la declaración de obra nueva, y teniendo claro que la declaración de obra nueva no constituye, realmente, un negocio jurídico[387], sin embargo, consideramos que no queda simplemente circunscrita a ser una modificación, de mayor o menor trascendencia en la entidad registral afectada, ya que de la misma y de su constancia en el Registro, pueden derivarse una serie de efectos jurídicos (*v. gr*. art. 361 CC), sin olvidar, las implicaciones que la declaración de obra nueva tiene actualmente con el urbanismo, con posibilidad de demolición sin indemnización, si no se hace adecuadamente, todo cual exige extremar las precauciones respecto al consentimiento de los titulares registrales para su otorgamiento, salvo, el caso excepcional en que esté permitido el otorgamiento unilateral (como el de los artículos 1384 CC y 94.2 RH)[388].

---

[386] Vid. FERNÁNDEZ CABALEIRO, E., "Comentario a las Resoluciones de la DGRN de 20 y 21 de febrero de 1969", en *RCDI*, núm. 474, 1969, págs. 1313-1318. En igual sentido, PAU PEDRÓN, A., "La capacidad en los negocios sobre inmuebles", en *RCDI*, núm. 634, 1996, págs. 765-766

[387] Las SSTS de 23 de octubre de 2000 (RJ 9198) y 27 de junio de 1992 (RJ 5562), señalan que la falta de carácter contractual de la declaración de obra nueva, no es obstáculo para que requiere el consentimiento de todos los que sean copropietarios, en el momento en que se proceda a su otorgamiento.

[388] El problema se ha vuelto a plantear, en la RDGRN de 21 de febrero de 1995 (RJ 1735), en este caso, se trataba de una finca ganancial, inscrita a nombre del marido y la mujer, y donde la Resolución consideró inscribible una declaración de obra nueva otorgada por uno sólo de los cónyuges "por no pasar de ser la obra nueva un elemento físico que completa la descripción registral de la finca y por ser un título declarativo del dominio, ajeno a toda idea de administración o disposición, sin que suponga alteración alguna en el régimen jurídico del inmueble ganancial, pues sigue teniendo este carácter tanto el solar como la edificación". Totalmente crítico con la Resolución se muestra GARCÍA GARCÍA (vid. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Urbanismo y Registro*, tomo V, op. cit., págs. 456-459), que considera que la realización de una obra sobre terreno ganancial y la formalización de la misma, con arreglo al art. 1375 CC, constituyen actos de gestión, que han de ser realizados por ambos cónyuges y no por uno sólo de ellos. Ahora bien, de acuerdo con el art. 1384 CC, figurando en el Registro algún bien inmueble sólo a nombre de un cónyuge, porque fuera él el que intervino exclusivamente en su compra, dicho cónyuge que figura como

A pesar de que la declaración de obra nueva y la división horizontal, suelen contenerse en un mismo documento, hay que dejar claro que la constitución del régimen de la propiedad horizontal es un acto independiente y de naturaleza diferente a la declaración de obra nueva. Han surgido posturas de autores que han considerado el otorgamiento del título constitutivo como un acto de administración, tal posicionamiento se basa en el artículo 94.2 RH, que menciona la "constitución de sus edificios en propiedad horizontal,", junto con las agrupaciones, segregaciones o divisiones de fincas, así como las declaraciones de obra nueva, entre las operaciones que podrá realizar por sí solo el titular registral del bien de que se trate (se refiere, según se deduce del párrafo anterior de ese mismo precepto, a los bienes adquiridos a título oneroso por uno sólo de los cónyuges sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, bienes que se inscriben nombre del cónyuge que adquirió con carácter presuntivamente ganancial), en contraposición con los actos de disposición a título oneroso de ese mismo tipo de bienes, para los que se requiere consentimiento del cónyuge que no sea titular registral o, en su defecto autorización judicial, y con los actos de disposición a título gratuito, que deben ser realizados por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Por exclusión, parece, pues, que la constitución de la propiedad horizontal está caracterizada, en este precepto, como un acto de administración, al igual que las restantes operaciones que menciona.

En todo caso, creemos que la diferencia que, en su naturaleza, presentan, en relación con la construcción de edificios, la declaración de obra nueva y la división horizontal de los mismos, está fuera de toda duda, pues mientras que la primera carece de valor negocial y tiene naturaleza registral, la constitución del régimen de propiedad horizontal se presenta como un negocio jurídico, porque existe una declaración de voluntad dirigida a producir unos efectos jurídicos que son expresamente queridos y regulados por el particular, aunque dentro de los límites impuestos por el Ordenamiento. La división horizontal dota al edificio de un régimen jurídico de propiedad completamente distinto del que tenía hasta que se hizo la división. Así, en nuestro Ordenamiento jurídico, por aplicación de los principios de la accesión industrial (*superficie solo cedit*, *usque ad caelos et ad inferos*, *accesorium sequitur principale*), la propiedad del solar se extiende a las edificaciones que se realicen sobre él; pero no sólo se extiende la propiedad en sentido

---

único titular, está legitimado para realizar actos de administración sobre dicho bien. Es en base a este precepto del Código civil, que el art. 94.2 RH, permite la realización de actos reales, como la obra nueva, con la intervención exclusiva del titular registral. Parece estar de acuerdo con el criterio mantenido por la última Resolución citada PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 500.

abstracto, sino que se extiende también la forma en qué se es propietario. De tal manera que, si sobre un solar existe una comunidad romana, esa misma comunidad por cuotas indivisas será la que exista sobre la edificación que se construya sobre el solar. Entonces, el propietario del solar, de conformidad con lo que le permite la Ley de propiedad horizontal, cambia ese régimen de propiedad por uno nuevo y distinto, con incidencias importantes en el objeto del derecho, en las conexiones entre fincas, en el especial régimen estatutario y organizativo del conjunto. Está claro que el bien no sale del patrimonio y que no existe transmisión, pero ello no basta para entender que estamos ante un acto de administración. Es por ello que se considera como un negocio jurídico configurativo[389], uniéndose a la anterior calificación consideraciones que lo contemplan como un acto de riguroso dominio o bien como un acto de disposición[390].

Valga como ejemplo la conclusión del I Simposio sobre propiedad horizontal[391], que considera la constitución de la propiedad horizontal como un negocio de disposición, de efectos configurativos, pues excede por sus efectos de los límites de los negocios de administración y no alcanza la plenitud de la enajenaciones, porque carece de efectos traslativos, pero modifica el régimen del dominio y vincula el desenvolvimiento jurídico de su objeto.

Afirmaciones que no parecen cohonestarse con la inclusión de la constitución del régimen de la propiedad horizontal entre los actos que, según el Reglamento hipotecario, pueden acceder al Registro habiendo sido realizados por el titular registral, sin concurrencia de su cónyuge, cuando figuren en él como presuntivamente gananciales o con la indicación de que adquirió uno sólo para la sociedad de gananciales, habiendo generado,

---

[389] Sobre los criterios y teorías existentes para diferenciar actos de administración y actos de disposición, vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., "El título constitutivo de la propiedad horizontal", en op. cit., págs. 439 y ss.

[390] En cualquier caso, por nuestra parte, sólo hemos pretendido esbozar una idea sobre el tema. En la doctrina se han mantenido todo tipo de opiniones: que el otorgamiento del titulo constitutivo de la división horizontal es un negocio de riguroso dominio, en tanto sólo se puede realizar con facultades que integran el derecho de propiedad (GÓMEZ MARTÍNEZ, C., y J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, op. cit., pág. 74); dado que estamos ante un negocio de modificación del objeto, del contenido, y del régimen estatutario y organizativo del derecho de propiedad, se trata de un negocio de configuración de un régimen especial (GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", op. cit., pág. 456; también MONET Y ANTÓN, "Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de propiedad horizontal", op. cit., págs. 273-274); o bien, de un acto de disposición (es el caso de DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal. El titulo constitutivo y su impugnación judicial*, op. cit., págs. 47; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I, op. cit., pág. 522).

[391] CÁMARAS OFICIALES DE LA PROPIEDAD URBANA DE LA ZONA DE LEVANTE, *I Simposio sobre propiedad horizontal*, octubre 1972, Valencia, pág. 47.

por ello, la dificultad[392] de encajar este acto junto a los demás mencionados en el art. 94.2 RH.

b) Justificación de los requisitos de la licencia de edificación y certificación del técnico en la declaración de obra nueva.

La práctica notarial viene calificando como declaración de obra nueva aquellas escrituras en que el titular del suelo manifiesta que ha construido a sus expensas un edificio o, realizado sobre otro ya existente ciertas reformas relevantes (como la elevación o modificación de éstos), a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad. En principio, para la inscripción del acto de referencia era suficiente la mera declaración del interesado, sin necesidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos administrativos exigidos al efecto[393]; el acto jurídico privado formalizado en la correspondiente escritura pública era suficiente para que la obra ejecutada tuviera acceso al Registro de la Propiedad (*cfr*. artículos 208 LH y 308 RH). Se partía de la base de considerarla como una modificación de las circunstancias descriptivas registrales, que el titular del suelo hacía suya por accesión, olvidando al respecto, la seguridad del tráfico inmobiliario y, por ende, la protección de los terceros adquirentes.

Se entendía, por otra parte, que al ser competencia exclusiva de las autoridades municipales y urbanísticas el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no correspondía ni al notario, al autorizar las escrituras de declaración de obra nueva, ni tampoco al registrador, al ejercitar su función calificadora, el entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce, no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a las normas urbanísticas y, además, dado que tales normas tienen fuerza de Ley, obligan a su cumplimiento a todos los

[392] En consonancia con la concepción que en estas líneas se mantiene, vid. BELLO JANEIRO, D., (*La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993), que, primeramente en referencia a todos los actos del art. 94.2 RH, con la salvedad de las declaraciones de obra nueva (pág. 296), y más adelante, respecto de la constitución del régimen de propiedad horizontal en concreto (pág. 315), afirma que no puede incluirse entre los actos de administración, pues, aunque en rigor, no se trate de disposiciones, son actos que, por su trascendencia económica ulterior, alteran sustancialmente el objeto del dominio.

[393] Decía la Ley del Suelo de 1956, en su artículo 165.1, "estarán sujetas a previa licencia, a los efectos de esta Ley, las parcelaciones y reparcelaciones urbanas ..., las obras de nueva planta...". En idéntico sentido, el Texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, en su artículo 178.1, "estarán sujetas a previa licencia, a los efectos de esta Ley, los actos de edificación y uso del suelo, tales como las parcelaciones urbanas..., las obras de nueva planta...". A pesar de la claridad con que se pronunciaban ambas normas, lo cierto es que se interpretaron como que "a los efectos de esta Ley", se refería sólo a los efectos urbanísticos y no civiles, y que, por tanto, para autorizar e inscribir escrituras de segregación y declaración de obra nueva no era necesario el aportar la correspondiente licencia.

adquirentes del inmueble, lo que produce que la inscripción en el Registro de la Propiedad de la obra nueva, no perjudica u obstaculiza la posible actuación sancionadora de la infracción.

Ahora bien, una cosa es reconocer que el control de la legalidad urbanística no corresponde a notarios y registradores, y otra, bien distinta, continuar con un sistema que permita el acceso al Registro de declaraciones de obra nueva, sin que ese control previo de la legalidad haya sido verificado por otros medios idóneos para ello; porque el bien ganado prestigio de que gozan los notarios y registradores, origina en los ciudadanos, sin conocimientos técnicos suficientes, para diferenciar entre "legalidad urbanística" y "legalidad civil", una confianza más genérica: la de que al Registro no pueden acceder situaciones contrarias al Ordenamiento Jurídico[394].

Consecuencia de esta interpretación era que, de hecho, se introducían en el mercado inmuebles constituidos mediante procesos que suponían una infracción urbanística. En este ambiente festivo en el que se prescindía, con alegre alborozo, del requisito de exigir licencia en las escrituras que documentaban esos actos, participaban todos los operadores jurídicos (también los que redactaban minutas y contratos) y no jurídicos (promotores, constructores, etc.); incluso Ayuntamientos y Comunidades Autónomas, que no ejercitaban a fondo su labor de inspección, control, sanción y restablecimiento de la legalidad urbanística. Y no es que se construyera alguna vivienda sin licencia, sino que, ante la pasividad, se construían pseudourbanizaciones enteras. En cualquier caso, la situación había llegado a tal punto, que desembocó en un informe acerca de la proliferación de fraudes inmobiliarios en las zonas costeras españolas, presentado en 1988 a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, por el eurodiputado británico Mac Millan.

Dicho informe tuvo una amplia repercusión, tanto en los medios de comunicación social como en la esfera política; a tal efecto se constituyó una Ponencia Especial de Transacciones Inmobiliarias en el Congreso de los Diputados, a la que con fecha de 27 de abril de 1989, se remitió un Informe por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España[395], en el que, expresamente, se decía que el que en ningún texto

[394] En este sentido, vid. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., "Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística", en *ADC*, fasc. III, julio-septiembre 1997, pág. 1324.

[395] INFORME ELABORADO POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, para la Ponencia Especial de Transacciones Inmobiliarias del Congreso de los Diputados, el 27 de

legal se estableciere la conexión entre las declaraciones de obra nueva con el urbanismo, da lugar a que la inscripción de la misma, se lleve a cabo por la mera manifestación del propietario del suelo, por lo que debido a dicha circunstancia estaba proliferando, en los últimos tiempos, una modalidad específica de fraude inmobiliario, consistente en inscribir edificios, cuya realización no se ajustaba a la licencia concedida o excede de las condiciones marcadas por éstas, en cuanto a volumen edificable, alturas o unidades de viviendas permitidas.

Todo esto, supuso en la práctica un gran consenso de que la situación no podía continuar así por más tiempo. Llegados a ese acuerdo, la cuestión era decidir "quién" y "cómo" se atajaba la situación. Respecto de "quién", el tema estaba claro, ya que los Ayuntamientos habían demostrado su incapacidad y falta de medios para controlar la legalidad urbanística; y como tampoco se quería judicializar, todavía más, el urbanismo, fue evidente que el sistema de seguridad jurídica preventiva, integrado por notarios y registradores, serían los encargados de controlar "extra judicialmente" esa legalidad urbanística.

Respecto al "cómo" se regulaba la materia, había dos opciones: o acometer una reforma del Código civil, Ley de propiedad horizontal, Ley y Reglamento hipotecarios y Ley y Reglamento notarial; o, no tocar esas leyes y sumar a los requisitos, tradicionalmente civiles, otros nuevos, que se establecieran en la legislación urbanística. Se optó por esto último, con unos mandatos normativos terminantemente dirigidos a notarios y registradores.

Así, la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo de 25 de julio de 1990 (art. 25.2), y posteriormente su Texto refundido de 26 de junio de 1992 (art. 37.2), fue la encargada de poner fin a la catastrófica situación anterior, añadiendo dos nuevos requisitos (licencia más certificación) a los que, tradicionalmente, se exigían para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva.

En la actualidad, el régimen vigente viene contenido en el artículo 22 de la Ley del suelo 6/1998, de 13 de abril, completado por los artículos 46 y 47 del RD 1093/1997, de 4 de julio, que partiendo de la distinción entre declaración de obra nueva terminada y

---

abril de 1989, sobre "El fraude inmobiliario", en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 260, octubre, 1989, págs. 2087-2134.

comenzada, establece que, en ambos casos, deberá aportarse la licencia de obras. Si la obra está terminada, el técnico competente certificará que la obra ya finalizada se acomoda al proyecto para el que se concedió la licencia. Si la obra se halla en construcción, el técnico certificará que la obra que se describe en la declaración notarial, coincide con aquella que se detalla en el proyecto para el que se concedió la licencia; más tarde, el propietario deberá hacer constar la finalización mediante acta notarial que incorporará la certificación de que la obra ha finalizado y que es conforme al proyecto aprobado.

El Real Decreto 1093/1997, cuyos primeros y más directos destinatarios son los registradores de la propiedad, desarrolló este sistema legal de triple concordancia, (determinando qué requisitos descriptivos mínimos debe tener la escritura, qué formas hay de acreditar la licencia expresa o presunta, qué técnico es competente a tales efectos, etc), si bien, como no podía ser de otra manera, contiene numerosas remisiones concretas a lo que la legislación autonómica[396] aplicable dispusiera al respecto[397] (por ejemplo en materia

[396] Dado que nos encontramos en la Comunidad Autónoma Andaluza, no podemos dejar de llamar la atención sobre el siguiente punto. Pues bien, esa inevitable remisión normativa se llena ahora plenamente de contenido tras la entrada en vigor de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que supone la derogación de la Ley andaluza 1/1997, de 18 de junio, (por la que se aprueban, con carácter urgente y transitorio, disposiciones en materia de régimen del suelo y ordenación urbana), y con ello, que deje de aplicarse en Andalucía la parte del articulado de la Ley del suelo de 1990 -texto refundido de 1992-, que tras haber sido declarada inconstitucional por la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional (RTC 61), había sido asumido como Derecho propio de la Comunidad autónoma Andaluza. La LOUA no altera sustancialmente, sino que reitera, el régimen de triple concordancia que hemos señalado, pero sí amplía, en cierto sentido, su ámbito de aplicación. Esta norma autonómica viene así a confirmar, e incluso acentuar, esa tendencia legislativa en la materia, que se viene experimentando en la últimas décadas, según la cual la Administración encargada de velar por la disciplina urbanística quiere contar con la colaboración activa de otras instancias, ya sean profesionales oficiales, notarios y registradores, cuya función, ya implica de por sí el control de la legalidad, y a los que se les impone la obligación de comprobar la existencia de tal licencia y la adecuación del acto a la misma, como presupuesto para la autorización de la escritura pública, en que se documentan tales actos y para la inscripción registral de los mismos; o incluso se acude a agentes extrajurídicos, como las empresas suministradoras de energía, agua, etc., a las que el art. 175 LOUA ("1.- Las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y servicios de telecomunicaciones exigirán, para la contratación provisional de los respectivos servicios, la acreditación de la licencia de obras, fijando como plazo máximo de duración del contrato, el establecido en la licencia para la terminación de los actos. Transcurrido este plazo, no podrá continuar prestándose el servicio, salvo que se acredite la concesión por parte del municipio de la correspondiente prórroga. 2.- Las empresas citadas en el apartado anterior, exigirán para la contratación definitiva de los servicios respectivos, la licencia de ocupación o primera utilización"), les impone también ciertas comprobaciones de acreditación de la licencia pertinente, con carácter previo a la prestación de sus servicios.

Por su parte, el nuevo art. 176 LOUA establece, como "*requisitos para la formalización e inscripción de los actos de edificación*", lo siguiente: "*1*. Sin perjuicio de los demás requisitos que resulten de la legislación reguladora de la edificación, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración como obra nueva terminada de toda construcción o edificación e instalación exigirá en todo caso: a) La aportación de la preceptiva licencia urbanística; b) La finalización de las obras conforme al proyecto técnico objeto de la preceptiva licencia, acreditada mediante la aportación de la correspondiente certificación expedida por técnico competente. *2*. Para la autorización e inscripción de escrituras de declaración de obra nueva en construcción, se aportarán la preceptiva licencia urbanística y la certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al

de actos sujetos a licencia, régimen de silencio administrativo, prescripción urbanística, etc.).

Para posibilitar dichas comprobaciones se introdujo la intervención necesaria de un técnico[398] que certificara sobre tales extremos, articulando, así, el ya conocido sistema de triple concordancia (escritura-proyecto-licencia) que el registrador ha de comprobar en base a las manifestaciones de tres agentes distintos (notario, que redacta la descripción literaria de la obra; Ayuntamiento, que expide la licencia para un proyecto concreto; y técnico, que, sea o no autor del proyecto, certifica la conformidad entre la descripción literaria contenida en la escritura y el proyecto para el que se obtuvo la correspondiente licencia, y que la obra está, en su caso, terminada).

En la declaración de obra nueva, no hace falta testimoniar en la escritura ni acompañar el plano aprobado por la licencia (es decir, el proyecto, que se documenta gráficamente en planos), por dos razones, en primer lugar, porque en tales planos aparecen otros muchos detalles técnicos complejos (por ejemplo, instalaciones, distribución interior, cubiertas, etc) que no son imprescindibles para la descripción registral de la edificación. Y porque, tales documentos, por su complejidad técnica, en la mayoría de las veces, no son de fácil lectura y comprensión por juristas. De ahí que en materia de obras nuevas se introduzca la necesaria intervención del técnico certificante, que es a quien corresponde atestiguar la conformidad entre la obra y el proyecto aprobado por la licencia. Con ello se consigue dispensar al Ayuntamiento, que expide la licencia, de tener que hacer una descripción detallada de la obra que autoriza y de tener que relacionar con precisión el

---

proyecto para el que se obtuvo la licencia. La terminación de la obra se deberá hacer constar mediante acta notarial que incorporará la certificación a que se refiere el apartado 1.b".

La única diferencia sustancial se encuentra en que la Ley andaluza no habla sólo de "declaración de obra nueva" a secas, sino que añade "de toda construcción o edificación e instalación", con lo que también se hace extensible su aplicación a otros supuestos distintos de los mencionados en el art. 45 del RD 1093/1997, que habla de "edificios" y en concreto de "número de plantas, superficie de parcela ocupada, metros edificados", así como de "viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento susceptible de aprovechamiento independiente". En tal sentido, ahora quedarían incluidas cualesquiera instalaciones, aunque, en terminología usual, pudieran no ser consideradas edificaciones propiamente, tales como piscinas, invernaderos, estructuras abiertas, o cualesquiera instalaciones, incluso provisionales, pues todas ellas están igualmente sujetas a licencia, según el art. 169.1.d) de la LOUA.

[397] Al disponer las Comunidades Autónomas de competencias exclusivas sobre la materia de la vivienda, pueden regular los requisitos y alcance de la declaración de obra nueva, siempre que no se interfieran en competencias exclusivas del Estado (Derecho civil, legislación notarial y registral), así pueden determinar los requisitos y consecuencias urbanísticas de la declaración. En el ejercicio de estas competencias, la Ley Catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda, en su artículo 14, que coincide sustancialmente con el art. 22 LS, aunque extiende las exigencias de éste a la escritura de división horizontal.

[398] En relación a este tema, vid. PRETEL SERRANO, J. J., "La intervención del "técnico competente" del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", en *RCDI*, núm. 607, 1991, págs. 2207-2221.

proyecto concreto al que se refiere. Y por otra parte, se dispensa al notario y registrador de tener que hacer comprobaciones de la adecuación entre la obra descrita literariamente en la escritura y la descrita gráfica y técnicamente en el proyecto aprobado.

B) Contenido mínimo de la declaración de obra nueva.

A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el artículo 14.2 de la Ley catalana de la vivienda de 29 de noviembre de 1991, que extiende las exigencias de la declaración de obra nueva a la escritura de división horizontal, el artículo 22 de la Ley del suelo de 13 de abril de 1998, se aplica únicamente a la declaración de obra nueva, no a la escritura de división horizontal. Podría darse el caso de que el otorgante de ésta última, pretendiera modificar por la vía de la división horizontal, las determinaciones contenidas en la declaración de obra nueva, por ejemplo, el número de plantas permitidas, la existencia de sótanos, los metros edificados, etc., o bien, que se diese a la declaración de obra nueva un contenido tan genérico que pudiese pasar el control de legalidad sin comprometer decisiones discrecionales futuras del promotor.

Para evitar esta consecuencia, el artículo 45 del RD 1093/1997, de 4 de julio, confiere a la declaración de obra nueva un contenido mínimo, que no puede ser trasvasado por la escritura de división horizontal. Este contenido mínimo y resistente a la división horizontal estará integrado por una descripción general del inmueble que comprenda, el número de metros construidos, el número de plantas, la superficie de la parcela ocupada y, si en el proyecto se especifica, el número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, pero no, en principio, el número de locales o garajes, ni el uso a que se destinen las fincas.

a) Características conceptuales de la declaración de obra nueva.

Con anterioridad[399] a la Ley del Suelo de 1998, la licencia municipal se concebía como un documento esencial en la adquisición de dos tipos de facultades urbanísticas,

[399] Para una exposición de las distintas posiciones doctrinales que había sobre este tema vid. LASO MARTÍNEZ, J. L., "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*, núm. 601, noviembre-diciembre 1990, págs. 521 y ss. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., "Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo", en *RCDI*, núm. 604, mayo-junio 1991, págs. 951 y ss. ARNÁIZ EGUREN, R., "Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990", en *RCDI*, núm. 607, 1991, págs. 2184 y ss.,

dentro de la configuración escalonada y progresiva de las diferentes facultades urbanísticas de la propiedad urbana. Por una parte el art. 33.1, del texto de 1992, condicionaba la adquisición del derecho a edificar a la licencia, pues el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable. Por otra parte, el art. 37.1 del mismo texto, condicionaba la adquisición de la edificación y su incorporación al patrimonio del titular a su conclusión conforme a la licencia no caducada, pues establecía que el derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística[400]. Estos preceptos habían motivado la discusión acerca de si habían modificado las reglas de la accesión del Código civil, esto justifica que un texto reglamentario, como el art. 45 del RD 1093/1997, entre en esta materia para señalar que la obra nueva se adquiere por accesión.

b) Requisitos formales de la declaración de obra nueva.

El artículo 45 ratifica que el título para la inscripción registral de la obra nueva es el previsto en la legislación hipotecaria, regulados en los artículos 208 LH y 308 RH. De acuerdo con los preceptos citados, la obra nueva podrá declararse: a) en escritura pública en que, aprovechando cualquier otro título jurídico (herencia, compraventa, donación, permuta) se describa y declare la correspondiente obra nueva; b) también se pueda hacer constar la declaración de obra nueva mediante escritura pública en la que comparezca junto al dueño de la finca el contratista de la obra declarando estar reintegrado de su importe. Esta modalidad no es frecuente en la práctica, por la falta de costumbre de anotar en el Registro el crédito refaccionario resultante de los contratos de ejecución de obra; c)

CORVINOS BASECA, P., "La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 165, 1998, págs. 13-50.

[400] Derogados estos preceptos por la Ley del suelo de 1998, ya nada entorpece la normativa de la accesión del Código civil, así, la licencia municipal se concibe como un documento complementario de la escritura de declaración de obra nueva acreditativo de que se cumplen los requisitos urbanísticos previstos por la legislación urbanística aplicable y por el planeamiento para que la finca pueda ser edificada por merecer la condición de solar. La nueva normativa confirma, que los requisitos para la inscripción de actos y negocios jurídicos en el Registro no siempre se establecen como determinantes de la validez de los mismos, su finalidad es ampliar la función de calificación registral, para comprender, dentro de la misma, supuestos en que, aun no planteándose ningún problema de nulidad o validez civil del acto o negocio realizado, se trata de obligaciones legales del propietario del terreno, que la ley exige a Notarios y Registradores que colaboren en el cumplimiento de dichas obligaciones, provocándose un efecto de cierre registral, mientras no consten cumplidas las mismas. Dentro de la fase de la edificación, puede distinguirse una etapa previa en la que el propietario o propietarios respectivos sólo tienen el llamado aprovechamiento urbanístico, que es el concepto referido a la edificabilidad de la parcela, es decir, los metros cuadrados construíbles sobre la finca. Y otra etapa, en la que el propietario con derecho al aprovechamiento urbanístico lo ejercita solicitando y obteniendo la licencia municipal, y así, concluimos con la última etapa, con la realización de la edificación conforme a la licencia, que a su vez puede estar en fase de construcción o ya terminada.

mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva a la que se acompañe certificado del arquitecto director de la obra o arquitecto municipal acreditativo de que la construcción está al menos comenzada; y d) en escritura pública que se limite exclusivamente a la declaración de obra nueva. El propietario se limita a declarar la obra nueva, sin que el documento contenga ningún otro acto inscribible. El uso de este medio, al margen de cualquier negocio jurídico dispositivo, permite al propietario evitar la intervención del contratista o del arquitecto, si bien, este medio se introdujo en el art. 308 RH, sin cobertura legal del art. 208 LH.

c) Requisitos descriptivos de los títulos de declaración de obra nueva.

Dado que de la regulación de la declaración de la obra nueva que se hacía en los artículos 208 LH y 308 RH no podía deducirse la existencia de prescripción alguna relativa al nivel de detalle que ha de contener la declaración de obra terminada o en construcción, esta circunstancia permitiría defraudar la finalidad que se perseguía con la exigencia de licencia y certificación (en principio contenidas en el art. 37.2 TRLS de 1992). Esta posibilidad de fraude resultaba especialmente relevante, cuando el edificio va a ser objeto de división horizontal, toda vez que, a pesar de la normal coincidencia documental entre declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal, ambos actos no pueden confundirse, siendo la declaración de obra nueva un paso, naturalmente, previo y que no ha de verificarse, necesariamente, en el mismo documento notarial que la división horizontal.

Estos riesgos desaparecen atribuyendo un contenido mínimo descriptivo a las declaraciones de obra nueva, que se recoge en el artículo 45: “deberán constar en los títulos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada y el total de metros cuadrados edificados, y si en el proyecto se especifica, el número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente”.

Por tanto, no será inscribible ninguna declaración de obra nueva si no constan, como mínimo, esos tres elementos definitorios de la misma, cuya existencia viene exigida por el principio de especialidad registral, pues aludir, sin más, a la declaración de construcción de un edificio, sin esos tres precisos requisitos, constituye una total indeterminación del objeto de derecho que, por accesión se incorpora a la finca.

En cuanto al número de plantas, es un dato importante para poder controlar, en el futuro, ulteriores descripciones que pudieran aludir a más plantas, lo que constituiría una forma encubierta de evitar la declaración de obra nueva de las elevaciones de plantas y de eludir los requisitos urbanísticos correspondientes a tal elevación[401].

Por lo que se refiere a la superficie[402] de la parcela ocupada, es otra referencia interesante para determinar si queda o no alguna porción de terreno no edificado en la finca, lo que permite la descripción completa de la misma. y por último, el total de metros cuadrados edificados, representa el volumen edificable, que viene a ser el ejercicio del aprovechamiento urbanísticos.

El precepto mencionado, junto a esos tres datos imprescindibles[403], establece que "si en el proyecto aprobado se especifica, se expresará el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente".

Esta párrafo, puede admitir una doble interpretación. Por un lado, se puede considerar que cuando en la licencia se especifican el número de las unidades destinadas a diferentes usos urbanísticos, como las que enumera el art. 45, es porque tiene una importancia básica en algunos planes de ordenación, con el fin de controlar el número de habitantes por hectárea, dato de indudable trascendencia en el cálculo del equipamiento urbanístico o cuando se trata de núcleos de mucha densidad de edificación. Es por ello que, con carácter general, no se puede considerar este requisito como totalmente potestativo, se

[401] La especificación del número de plantas no resulta tan sencilla como pueda parecer, sobre todo, en los casos en los que la rasante de los viales que rodean al edificio es distinta, de tal forma que una planta subterránea puede serlo respecto de una calle y tener el carácter de baja, respecto de otra colindante a la misma edificación. También es frecuente la existencia de altillos, es decir, semiplantas bajo la cubierta de la construcción o divisiones en altura de las plantas bajas, así como la existencia de duplex, que, a veces, confunden sobre el número efectivo de plantas proyectadas. Es por ello, que las especificación de las peculiaridades del inmueble debe recogerse con toda precisión.

[402] Sobre este punto ha de tenerse en cuenta que la superficie ocupada de la parcela puede alterarse por la existencia de voladizos a partir de la primera planta de edificación, o de ocupación subterránea mayor o menor que la de la planta baja. Tales datos, deben constar en el título para no dar lugar a confusiones.

[403] Aparte de esta descripción literaria de la declaración de obra nueva, el artículo 51, regla 4ª, del RH, (según redacción dada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre), preveía su descripción gráfica, al establecer que "también servirán a los efectos identificadores previstos en esta regla, los planos expedidos conforme a la normativa especifica, en particular, cuando se trate de fincas edificadas cuya declaración de obra nueva se haya formalizado con las exigencias previstas en la legislación urbanística". No obstante, la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001 (RJ 1083), declaró nulos la mayor parte de los párrafos de este art. 51.4 RH. Sin perjuicio, que por la Disp. Adic. 28ª de la Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, haya modificado el articulo 9 LH, regla 1ª, introduciendo nuevos párrafos que se corresponden casi literalmente con los que contenía el art. 51.4 RH.

trata de una exigencia que tiene una finalidad urbanística concreta, aunque no siempre fundamental, y que consiste en el control de las unidades jurídicamente independientes[404].

Pero, por otra parte, dada la condicionalidad de esta expresión al hecho de que en el proyecto aprobado se especifique, hace que, en la práctica, estos requisitos funcionen como meramente potestativos, pues ningún precepto exige que se presente al notario o al registrador el proyecto aprobado, por lo que, quedará a la libre decisión de los interesados el expresar o no esos datos. Observamos, pues, que se admite una flexible regulación, que puede dar lugar a descripciones, demasiado escuetas, introduciendo el riesgo de impedir que la norma legal sobre los requisitos para la autorización e inscripción de declaraciones de obra nueva cumpla con la finalidad que motivó su promulgación, al permitir que posteriores maniobras, no constituyan modificación de la obra inscrita. En esta línea, algún autor[405] ha admitido la posibilidad de obviar el requisito de reflejar el número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, para facilitar la interpretación del art. 53.a) del RD 1093/1997, ya que, si se expresa en la declaración de obra nueva el número de unidades privativas, se podría considerar como un obstáculo a las posteriores operaciones de segregación o división de los distintas pisos de un inmueble en régimen de propiedad horizontal.

C) Modificación de la obra nueva declarada mediante el título constitutivo de la propiedad horizontal.

El artículo 53.a), del RD 1093/1997, establece que "para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas: a) no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión (...)".

---

[404] ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos. Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística*, Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs. 355-356.

[405] Es el caso de GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Urbanismo y Registro*, tomo V, Civitas, Madrid, 1999, pág. 471.

La lógica de este precepto consiste en evitar, que a través de la constitución de una finca en régimen de propiedad horizontal, se desvirtúe la licencia concedida para la declaración de obra nueva, con modificaciones encubiertas que puedan representar una modificación del título de declaración de obra nueva.

Una vez que ya está inscrita la obra nueva, se plantea un problema general, que sólo tangencialmente tiene que ver con la división horizontal, ¿qué requisitos son necesarios para rectificar o alterar[406] esa obra nueva?. Con carácter general, la solución ante tal interrogante que se impone, por pura lógica, es que no se puede autorizar e inscribir en el Registro de la Propiedad, ninguna escritura que suponga alteración de lo inscrito sin que, congruentemente, se observen los mismos requisitos que se cumplieron en la obra nueva que ahora se pretende alterar, modificar o rectificar[407].

Sentado lo anterior, queda por resolver si la exigencia de nueva licencia municipal para rectificar o alterar una declaración de obra nueva inscrita, también se exige para aquellas alteraciones que no sean, en sí mismas, una nueva ampliación de obra nueva por incremento de la superficie construida, -ya que esto sí que está resuelto en el RD 1093/1997, pues según los artículos 48 y 52, siempre es necesaria la licencia o acreditar que ha prescrito la posible infracción urbanística-. Nos referimos, pues, a aquellas alteraciones que respeten el volumen y superficie, que ya constan en la obra nueva, y que se traducen en supuestos de segregaciones y divisiones de elementos privativos de la propiedad horizontal.

---

[406] Toda alteración que se haga de la descripción de la estructura del edificio (nuevas plantas, nueva superficie, construcciones anejas,...) exigirá que, además del cumplimiento de la normativa sobre propiedad horizontal, deba cumplirse con la normativa contenida en el artículo 37.2 TR de 1992, y ello, aunque no se realice la alteración de la descripción mediante una expresa declaración de obra nueva, sino sólo a través del régimen de propiedad horizontal, ya que, dicha declaración de obra nueva se estará haciendo de forma embebida en los títulos referentes al inmueble. En este sentido vid. PAREJO-MERINO Y PAREJO, P. M.ª, "La reforma de la legislación urbanística en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en *RCDI*, núm. 612, 1992, pág. 2164.

[407] En esta línea, RIVAS ANDRÉS (vid. "¿Pero de verdad se puede dividir sin licencia un chalet unifamiliar en varias viviendas conforme a las Resoluciones de la DGRN de 18-7-1996 y 16-1-2002?", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 92, abril-mayo 2003, pág. 979-980), piensa que lo más coherente es aplicar a las alteraciones de obra nueva, el mismo régimen que existía al tiempo en que se inscribieron éstas. Es decir, si la obra nueva se hizo sin licencia, sería posible que compareciera el titular y por su sola manifestación, rectificara la obra nueva, diciendo –sin alterar la superficie-, que por error se dijo, en su día, que había una vivienda, cuando en realidad son dos. Una vez rectificada la obra nueva, la subsiguiente división horizontal se puede hacer sin licencia, al coincidir punto por punto con la obra nueva. Si la obra nueva se hizo con licencia, la división horizontal que no se ajuste a ella, como cualquier otra rectificación, requerirá nueva licencia. Confirma esta solución el mismo art. 53, que al hablar de "nueva licencia", está dando por supuesto que ya hubo otra, cuando se declaró la obra nueva.

En cuanto a las especialidades[408] relativas a la modificación del número de locales, parece responder a la práctica habitual, consistente en diferir al mercado la decisión relativa a las dimensiones de estos departamentos, autorizando al propietario la división, segregación o agregación de las superficies dedicadas a tales usos, sin necesidad de acuerdo de la Junta de Propietarios[409] y siempre que se respete la cuota global de participación en elementos comunes.

Los garajes plantean, además, algunos problemas específicos, dado que las normas urbanísticas contenidas en los planes de las ciudades, con problemas de tráfico rodado, suelen contener una doble serie de previsiones, en relación con estas instalaciones: obligan al propietario a construir un determinado número de plazas –normalmente, en relación con el total de departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente previstos en el proyecto-, y, a la vez, excluyen un determinado número de plazas del cómputo del volumen de edificabilidad. En tales casos, resulta evidente, que la alteración del número de plazas, incluso si se lleva a cabo mediante la simple alteración de los linderos de las ya existentes, puede desembocar en la ilegalidad de la instalación. Si se convierten en menos plazas, pero más grandes, por la disconformidad con el número de apartamentos independientes; y, si se convierten en más plazas de menor tamaño, por vulneración de las dimensiones mínimas previstas en la norma urbanística o por infracción del volumen de edificabilidad construido (si el nuevo número supera el establecido a efectos de exención del cómputo de la superficie construida). Por tanto, parece lógico que sea la Administración quien se manifieste acerca de la esencialidad o no del número de plazas de garaje.

Para una adecuada interpretación del art. 53.a), es preciso tener en cuenta lo establecido en el último inciso del art. 45, según el cual, "en los títulos adecuados para la declaración de la obra nueva deberá constar, si en el proyecto se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento

[408] En lo referente a los locales y plazas de garaje, vid. LÓPEZ FERNÁNDEZ, "Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística", en *ADC*, 1997, págs. 1335-1336.

[409] Sobre la validez de este tipo de cláusulas, vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "Comentario a la STS de 19 de julio de 1993", en *CCJC*, núm. 33, septiembre-diciembre 1993, págs. 933-952; ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., "Comentario del artículo 8 LPH", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, op. cit., págs. 211-227; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "Comentario al artículo 8 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*, op. cit., págs. 273-291.

susceptible de aprovechamiento independiente". Este precepto ha sido objeto de distintas interpretaciones.

a) Posición de la doctrina.

Para ARNÁIZ EGUREN[410] debe seguirse un criterio ecléctico. Dado que el registrador debe actuar como colaborador del principio de legalidad, y en la medida en que los artículos 45 y 53.a), suponen una alteración de los principios civiles que rigen el sistema de propiedad horizontal, dicha colaboración ha de limitarse a los casos en los que la Administración se haya preocupado, en sus propios actos de autorización, de introducir en ellos el dato que ha de condicionar la inscripción, es decir, el documento del que debe resultar tal limitación debe ser la propia licencia, ya que cuando se tiene la intención de limitar, como aspecto esencial de la construcción, el número de viviendas, esto se hace constar siempre en la licencia, no en el proyecto que no es de necesaria aportación al Registro de la Propiedad. Como, por otra parte, resulta del propio apartado a) que comentamos, cuando se introduce el supuesto de que el número de locales o garajes se constituya en "condición esencial" de la propia concesión de la autorización para edificar. De tal forma que si de la documentación presentada, resultase la condición esencial señalada, su contenido deberá reflejarse en la inscripción de la obra nueva en los términos previstos en el artículo 51.6 RH, pues aunque no se trata de una condición civil en sentido técnico, puede afectar al posible cierre registral de actos posteriores.

El principal defensor de la necesidad de interpretar restrictivamente lo dispuesto en el art. 53.a) del RD 1093/1997 es GARCÍA GARCÍA[411], sobre la base de varios argumentos. Teniendo en cuenta que las reglas de organización del régimen de propiedad horizontal son las contenidas en el estatuto de la comunidad, materia reservada al principio de autonomía de la voluntad, o dicho de otra forma, a la voluntad negocial del constituyente del régimen, llega a la conclusión de que este principio privatista impide la intervención del Ayuntamiento en la configuración de la comunidad.

[410] ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos...*, op. cit., págs. 392-397.
[411] Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, op. cit.., págs. 511 a 528.

En esta línea, el único precepto que limita las segregaciones y divisiones[412] de pisos son los artículos 8, en relación con el 12 y 17.1 LPH. Establece el artículo 8, lo siguiente: "los pisos o locales y sus anejos, podrán ser objeto de división material, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o disminuidos por segregación de alguna parte. En tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el artículo quinto, sin alteración de las cuotas restantes". Como podemos observar, se trata de limitaciones derivadas de la posición preeminente de la Junta de Propietarios y del interés de la comunidad sobre el individual de cada propietario, pero de ningún modo de una limitación ajena a la institución de la propiedad horizontal. En cambio, ninguna otra limitación existe en normas sustantivas ni administrativas.

En la propiedad horizontal, se puede producir un incremento del número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (al margen del supuesto de elevar nuevas plantas, construcción anejas, etc.), cuando se produce la desvinculación jurídica de los anejos[413], o cuando determinados elementos comunes son desafectados, convirtiéndose en privativos (como la vivienda del portero), o bien, cuando se producen casos de segregación y división.

Nos centramos en los casos de división y segregación[414], en este último supuesto para poder considerar que se produce un incremento de unidades susceptibles de aprovechamiento independiente, es necesario que la porción segregada no vaya destinada a

---

[412] Hay autores que exigen el criterio de la licencia para permitir modificación de entidades hipotecarias destinadas a uso residencial en todo caso, como es BALLUGERA GÓMEZ, C., "Segregación y división de viviendas", en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 39, 1998, págs. 1505 y ss. Igualmente RUÍZ RICO MARQUEZ, ("La inscripción de obras nuevas conforme al RD 1093/1997", en *Lunes cuatro treinta*, núm. 221, octubre 1997, págs. 22 y ss.).

[413] En cuanto a la desvinculación de los anejos, como posible fórmula que puede originar un incremento de unidades privativas, respecto de las que figuran en la configuración registral del edificio, como acertadamente señala ECHEVERRIA SUMMERS, son supuestos que quedan excluidos del artículo 8 LPH. La desvinculación de anejos constituye, en puridad, un acto de modificación del título constitutivo, a través de la creación de nuevos elementos hipotecarios independientes, a los que se asigna una cuota de participación sobre el valor total del edificio (vid. RDGRN de 11 de junio de 1986 [RJ 3841]).Vid. "Comentario del artículo 8 LPH", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, BERCÓVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 213.

[414] Si bien el art. 8 LPH también contempla la agrupación y agregación, en estos casos no se produce un incremento de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, es por lo que no hacemos referencia a estos supuestos.

agruparse o agregarse a otra entidad registral, siendo la finalidad de tal separación el constituir la porción segregada como finca independiente.

Para que se produzcan estas modificaciones de entidades hipotecarias, el articulo 8 LPH exige, para cualquier acto de segregación de parte de un piso o local de un edificio en régimen de propiedad horizontal o para su división material (habría que entender división jurídica[415]), la concurrencia de los siguientes requisitos:

El consentimiento de los titulares afectados (en el caso de la segregación o división, debe concurrir el consentimiento del propietario del piso que se va a dividir en dos o más, o de aquél respecto del cual se va a realizar la segregación de una parte para formar finca independiente); el acuerdo favorable de la Junta de propietarios del edificio en régimen de propiedad horizontal, con el régimen propio de la unanimidad propio de las modificaciones del título constitutivo, y además, es necesario que cada uno de los elementos resultantes sea susceptible de aprovechamiento independiente[416]. Así, no cabría la división de un piso, local, trastero o cualquier otro elemento independiente en un edificio en régimen de propiedad horizontal, si los elementos resultantes de la división no tuvieran acceso a la vía pública, bien directamente, bien a través de algún elemento común (art. 396 CC).

En la modificación consistente en dividir materialmente un piso, como paso que puede preceder a su división jurídica, mediante elevación de tabiques, independizando distintas partes de un todo privativo, haciéndolas susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común, no siempre implica que se vean alterados los elementos comunes al realizar las obras de separación. Se verán afectados los elementos comunes y habrá que realizar algún tipo de obra de reforma, si fuera necesaria la apertura de huecos en muros comunes. Pero no, si las puertas de los distintos espacios resultantes ya preexistían (por ejemplo, una era la de servicio; o una

[415] Una cosa es una división jurídica o formación de nuevas entidades registrales, y otra muy distinta, el acondicionamiento interior de un piso, de forma que pueda ser objeto de uso "independiente" *de facto* por distintas personas (art. 7.1 LPH). En el mundo registral, sigue habiendo una única finca registral; aunque físicamente puedan distinguirse varios espacios independientes. Es la mutación jurídico-real, no la física o material, la que requiere la aprobación de la Junta. Los propietarios se encuentran facultados, al amparo del artículo 7.1 LPH, para efectuar estas obras o actos de separación mediante instalación de tabiques entre pisos y locales, –o en su caso, de comunicación mediante apertura de huecos en la pared de separación-, siempre que no afecten a la configuración exterior del inmueble; de lo contrario, quedan sujetos al régimen más riguroso del artículo 12 LPH.

[416] GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "Comentario al artículo 8 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal, Ley 8/1999, de 6 de abril*, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 277.

entrada daba a la calle, y otra al interior del inmueble) y las obras simplemente han consistido en separar mediante un nuevo tabique.

Es por ello que hay que diferenciar, es decir, cabe que la escritura se limite a hacer la oportuna modificación en el título constitutivo[417], sin que sea necesario realizar obra alguna, en cuyo caso, solamente habrá que tener en cuenta las exigencias de la normativa de la propiedad horizontal (art. 8 LPH).

Pero si la escritura, no sólo afecta al título constitutivo de la propiedad horizontal (cuotas, número de elementos, etc.), sino que también ha exigido la previa realización de obras, sujetas a licencia menor, por afectar a la estructura del edificio (apertura de nuevas salidas a elementos comunes...), dado que estamos ante una obra que exige la preceptiva licencia, habría que concluir la aplicabilidad de los mecanismos de control notarial y registral para el acceso al Registro de la Propiedad. Ahora bien, sobre este tema conviene realizar ciertas puntualizaciones. Como dice PAREJO-MERINO Y PAREJO[418], el concepto de obra nueva, desde el punto de vista hipotecario, no tiene por qué coincidir con el "obra que necesita licencia", desde el punto de vista urbanístico; de tal modo, que determinados supuestos que necesitan licencia de obras para llevarlos a cabo, hipotecariamente podrían entenderse como simple modificaciones de descripción de las fincas, sin llegar a tener la consideración de declaración de obra nueva y, por lo tanto, sin necesidad de que notarios y registradores tengan que entrar a controlar la legalidad urbanística de las pequeñas modificaciones que no supongan una alteración esencial del edificio.

El problema que vemos es que parece como si el art. 53.a), contemplase una licencia municipal "nueva"[419], que acredite que, de acuerdo con las previsiones del

[417] Así, salvo que se hubiere estipulado en los estatutos, una cláusula válida de innecesariedad de aprobación de la Junta de propietarios, ésta será siempre preceptiva. El acuerdo de la Junta de Propietarios, deberá ser adoptado por unanimidad, por tratarse de un acuerdo que implica modificación del título constitutivo. Pues es en el título constitutivo donde se fijan las cuotas de participación de cada piso o local, y tales cuotas, al menos, respecto de los pisos o locales afectados por la segregación o división, van a quedar modificadas. Además, es que la segregación y la división de un piso o local, normalmente irá seguida de su posterior venta, de manera que puede afectar al número de propietarios del inmueble, incidiendo en el régimen de adopción de acuerdos, basados, no sólo en la mayoría de cuotas de participación, sino también en el número de propietarios (vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "Comentario al artículo 8 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*, op. cit., págs. 287-288).

[418] Vid. PAREJO-MERINO Y PAREJO, P. M.ª, "La reforma de la legislación urbanística en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en op. cit., págs. 2164-2165.

[419] Igualmente C. GÓMEZ MARTÍNEZ y J. GÓMEZ MARTÍNEZ, establecen que no queda claro a qué licencia se refiere el precepto. No debe referirse a la licencia de edificación porque esa ya se aportó en el momento de otorgar la escritura de declaración de obra nueva; podría estarse refiriendo a una licencia

planeamiento urbanístico vigente, se permite mayor número de elementos privativos. Licencia, que sin embargo, no coincide con la del artículo 22 de la LS de 1998, que se refiere, únicamente, a la licencia municipal para inscribir escrituras de declaración de obra nueva, terminada o en construcción, refiriéndose, por tanto, a obras mayores u obras de edificación, pero no a las obras interiores, y mucho menos, a las meras segregaciones o divisiones internas de pisos de un edificio. Pues lo cierto es que, si bien las licencias de obras menores, pueden ser exigibles a efectos municipales y administrativos, no tienen por qué serlo a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, pues ningún precepto lo exige. Por el hecho de que incluso las obras menores estén necesitadas de licencia administrativa, no se puede pretender que cualquier pequeña modificación arquitectónica contenida en el título constitutivo, en relación con la declaración de obra nueva, deba someterse, a su vez, al trámite del art. 22 LS.

Así, y para concluir con este tema, es lógico que el control de la legalidad urbanística, mediante la exigencia de nueva licencia y certificación del técnico, se lleve a cabo cuando aprovechando la escritura de división horizontal, se realicen nuevas plantas y se aumenten en ellas los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, vulnerando lo establecido en la declaración de obra nueva. No cabe descartar tampoco que, por alguna razón urbanística específica, las diferentes normas de planeamiento puedan prever un determinado número o un máximo de elementos privativos en cada edificio, en ciertas zonas densamente pobladas. Pero como esto constituye la excepción, ha de constar, en tal caso, en la correspondiente licencia, como condición de la misma, y en el Registro de la Propiedad, tal limitación resultante del planeamiento[420]. Pero fuera de este supuesto, es totalmente improcedente por parte del Ayuntamiento tratar de inmiscuirse en un problema meramente civil o registral sobre las divisiones o segregaciones de elementos privativos de la propiedad horizontal, cuyo control está encomendado a la Junta de

---

específica de "creación de vivienda", que no existe en nuestro Derecho. (vid. *La Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Navarra, 1999, págs. 271-272).

[420] En el caso infrecuente en que el planeamiento establezca límites en los edificios sobre el número de viviendas, despachos, oficinas, etc., esto no se puede presumir, sino que corresponde al órgano urbanístico llevar la iniciativa en relación con los efectos registrales, ya sea por la vía del artículo 1.8, es decir, procurando la inscripción en el Registro del acto administrativo que en ejecución del planeamiento, modifique desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas; o bien, por la del art. 74, estableciendo expresamente como condición de la licencia municipal de obras, de acuerdo con el planeamiento, que no se formen más elementos privativos que los descritos; ambos del RD 1093/1997.

Propietarios y sin que la legislación urbanística haya modificado la Ley de propiedad horizontal en este aspecto[421].

En cualquier caso, nos parece que el principal problema que se puede detectar sobre esta cuestión, es que en este punto, la regulación legal de la declaración de obra nueva ha sido deficiente, pues hay situaciones en que no resulta razonable exigir licencia de obras y certificación de técnico competente, y hubiera sido deseable que se hubiera previsto la no-aplicabilidad del artículo 22 de la Ley de suelo a este tipo de pequeñas obras de reforma interior, cuando tales modificaciones se apoyen en una licencia de obras menor, o bien, se trate de obras que no requieran la intervención de "técnico competente", o bien, cuando se trate de modificaciones que no precisen de obra alguna (por ejemplo, por ser posible mediante la instalación de una separación prefabricada, o la conversión de elemento común en vivienda mediante acuerdo de la comunidad de propietarios)[422].

b) Criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ahora que hemos visto la situación de la doctrina, simplemente decir, que el precepto que estamos analizando, ha quedado, prácticamente sin efecto en virtud de la Resolución de la DGRN de 16 de enero de 2002[423].

Para el Centro Directivo, parece que el artículo 53.a), RD 1093/1997 carece de rango para limitar el poder del propietario; además, sorprendentemente, entiende que notarios y registradores pueden considerar nula una norma reglamentaria de carácter general, en procedimientos de autorización de escrituras e inscripción registral, sin que, obviamente, se respete el principio de contradicción ni intervengan los tribunales integrantes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El supuesto de hecho[424] es el siguiente: se otorgó escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal sobre determinada finca. Según esta escritura, la obra nueva consiste en un edifico destinado a vivienda unifamiliar,

---

[421] En este sentido GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, op. cit., págs. 517 a 519.

[422] Vid. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., "Apuntes de Jurisprudencia Registral...", en op. cit., págs. 93-94.

[423] BOE, de 4 de marzo, núm. 54.

[424] Idéntico supuesto de hecho en la RDGRN de 28 de octubre de 2003 (BOE, de 3 de diciembre, núm. 289), en el que se debate acerca de si, para inscribir la división horizontal de una vivienda unifamiliar, se necesita acreditar la obtención de la oportuna licencia.

compuesta de cuatro plantas, con una superficie (...). En la misma escritura se divide horizontalmente la edificación en dos viviendas unifamiliares independientes de cuatro plantas cada una ellas y situadas una a la izquierda y otra a la derecha del edificio, que quedan constituidas en régimen de propiedad horizontal, con los correspondientes elementos comunes entre los cuales figura un terreno dedicado a jardín cuyo uso y disfrute respecto de porciones determinadas, se atribuye como anejo inseparable a los propietarios de los elementos privativos. En la licencia municipal de edificación que se testimonia en dicho título consta, respecto de la descripción del edificio, que el número de viviendas a que se refiere es uno.

El Registrador rechaza la inscripción por estimar que, al tratarse de una vivienda unifamiliar, según la licencia municipal unida a la escritura calificada, no puede inscribirse la división en régimen de propiedad horizontal sin que se acompañe nueva licencia que, conforme a lo establecido en el artículo 53. a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, acredite que se permite constituir como elementos independientes más de una vivienda.

El Centro Directivo llega a la conclusión de que la división horizontal es posible, en base a dos argumentos fundamentales: en primer lugar, utiliza un razonamiento, ya expuesto en la Resolución de 18 de julio de 1996 (RJ 5615), de que el número de viviendas en que se divida un edificio no tiene trascendencia urbanística[425].

Para apoyar esta idea, considera que las exigencias de la ordenación urbanística no pueden llevarse al extremo de determinar el grado de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la zona de actuación; si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo, ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno, pero en modo alguno, implican la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico, so pena de agudizar un problema ya de por sí, grave; por ello, si el número de personas que residen en una edificación urbanísticamente regularizada, es ajeno a la normativa urbanística, igualmente

[425] También, GARCÍA GARCÍA, desde el punto de vista urbanístico, entiende que al órgano actuante le es indiferente el número de unidades residenciales o de familias que ocupen cada uno de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, puesto que lo importante es el número de plantas, es decir, la edificabilidad materializada. Vid. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, op. cit.., págs. 511 a 528.

ajeno debe ser a tal normativa la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada, si no se altera con ello el uso residencial asignado o su estructura y aspecto exterior, como ocurre en el caso de la división horizontal, habida cuenta de su significación jurídica (cfr. artículos 396 y 400 CC)[426].

En segundo lugar, la Dirección general estima que el precepto invocado por el Registrador en su nota de calificación, esto es, el art. 53. a) del Real Decreto 1093/1997, carece de cobertura legal[427], es decir, falta una norma con rango de Ley que imponga una restricción como la debatida y que, dado el principio de libertad que rige el dominio, las limitaciones al mismo han de resultar de la Ley y ser interpretadas restrictivamente (cfr. arts. 33 CE y 348 CC), debe concluirse que en el presente caso, en el que conforme a dicha regla hermenéutica ha de estimarse que la mera indicación en la licencia de que se refiere a una vivienda, sin mayor especificación en las prescripciones generales y particulares de aquélla, no puede implicar prohibición de que sobre dicha casa aislada se configure un régimen jurídico adecuado para que pueda ser utilizada por más de una familia. Por todo ello, debe accederse a la inscripción solicitada.

En la misma dirección, la Resolución[428] de la DGRN de 15 de octubre de 2002, establece que sólo podrá exigirse nueva licencia para constituir mayor número de

---

[426] Frente a esta explicación, RIVAS ANDRÉS (vid. "¿Pero de verdad se puede dividir sin licencia un chalet unifamiliar en varias viviendas...?", en op. cit., pág. 981), considera que, desde luego, ni el urbanismo ni el planeamiento que lo desarrolla, pueden imponer materialmente el numero de pesonas y familias que vivan en una casa, es más, es que ni siquiera lo pretende. El planeamiento urbanístico, es eso, un plan, una previsión, una pauta de cómo se va a ir desarrollando el núcleo de población. Ahora bien, no es cierto que la división horizontal de un chalet en cuatro apartamentos no estimule, no favorezca, el que se instalen cuatro familias en vez de una sola, con lo que el número de aparcamientos, zonas verdes, dotacionales, desagües, etc., previstos en el plan pueden quedar colapsados, y el objetivo del plan de someter esa zona a una ocupación de baja intensidad, incumplirse.

[427] Considera RIVAS ANDRÉS (vid. "¿Pero de verdad se puede dividir sin licencia un chalet unifamiliar en varias viviendas...?", en op. cit., págs. 983-984), que la exigencia de licencia para escriturar la obra nueva, desde la STC de 1997, ya no es un requisito urbanístico, sino que es una condición básica para el ejercicio del derecho de propiedad, para cuya fijación tiene competencia exclusiva el Estado. Luego la exigencia de licencia, dado ese carácter de condición básica de la propiedad, es la regla general, por lo que mal puede considerarse una limitación del dominio, como la llama la Resolución, pues no pasaría de ser una delimitación de los contornos normales del derecho de propiedad. Mal se puede interpretar restrictivamente, lo que es la regla general, sobre todo, cuando nos llevaría al absurdo de retrotraernos a las situaciones que, precisamente, se trataban de evitar con la reforma. Así la cobertura legal específica del art. 53.a), está en el art. 37.2 TR 1992, y su trascripción actual del art. 22 LS 1998. En el mismo sentido vid. LÓPEZ FERNÁNDEZ, "Apuntes de Jurisprudencia Registral (sobre la Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado con especial incidencia en materia urbanística)", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 204, septiembre 2003, págs. 88-89.

[428] BOE del 11 de diciembre, núm. 296. El supuesto de hecho es como sigue: se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de venta de un piso. En la misma escritura, el adquirente segrega del piso adquirido dos porciones materiales al objeto de formar nuevas entidades hipotecarias, cuya inscripción se solicita. A la escritura se acompaña certificación expedida por el Administrador de la Comunidad, en la

elementos en una propiedad horizontal cuando la legislación autonómica aplicable así lo exija, no bastando la mera exigencia de la norma reglamentaria citada. La Dirección General entiende que este precepto, por su naturaleza y rango, carece de virtualidad para establecer limitaciones a las facultades inherentes al derecho de propiedad (artículos 33 CE y 348 CC), y como la competencia en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, corresponde a las Comunidades Autónomas, este precepto sólo puede tener operatividad en territorio de aquellas Comunidades Autónomas cuyas leyes hayan establecido expresamente la necesidad de licencia municipal para la división material de elementos privativos de edificios en régimen de propiedad horizontal

Como ya hemos tenido ocasión de comentar, el problema es que las modificaciones de la obra nueva declarada presentan gran variedad: unas requieren obras mayores y otras no; unas afectan a los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, otras no; unas afectan, más que otras a la normativa urbanística. Quizá está gran variedad ha quedado mal reflejada en la regulación de los requisitos exigidos para autorizar e inscribir modificaciones de la obra nueva ya declarada[429].

Así, en este panorama de cierta indefinición normativa, la RDGRN de 26 de enero de 2002 (RJ 5816)[430], admite, implícitamente, que la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, supone modificación de la declaración de obra nueva, pero que los requisitos legales para autorizar e inscribir declaraciones de obra nueva sólo se exigen a la realización de obras nuevas o a las modificaciones de las mismas que supongan incremento del volumen edificado, y no a la modificación consistente en redistribución interior de edificios ya inscritos. En el caso planteado, deja a salvo los supuestos excepcionales del artículo 53 RD 1093/1997, es decir, la redistribución que suponga

---

que consta la autorización de ésta para la segregación. El registrador suspende la inscripción porque no se acompaña licencia del Ayuntamiento que permita la constitución de más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente de los que constan en la declaración de obra nueva, exigida por el art. 53.a) del RD 1093/1997.

[429] Vid. LÓPEZ FERNÁNDEZ, "Apuntes de Jurisprudencia Registral...", en op. cit., págs. 92-95.

[430] El supuesto de hecho es el siguiente: la dueña de un local comercial, integrante de un edificio en régimen de propiedad horizontal, procedió a otorgar escritura, mediante la cual lo dividía en ocho trasteros en uso de las facultades que le reconocían los estatutos de la comunidad de propietarios. La escritura, que incorporaba un plano de la finca suscrito por el arquitecto con visado del Colegio correspondiente y una licencia de obras menores, fue presentada en el Registro para su inscripción. El registrador denegó la inscripción alegando, entre otros motivos, que no se aportaba la certificación de finalización de obra. El notario impugnó la decisión del registrador, alegando que la licencia incorporada a la escritura es de obra menor para la división física de un local, mediante simples tabicaciones interiores, no exigida por la legislación que para la inscripción de obras nuevas se refiere a edificaciones o mejoras estructurales de las mismas, es decir, obras mayores, así, no siendo exigible para la inscripción la licencia de obras menor, tampoco lo ha de ser el certificado de finalización de dicha obra.

aparición de nuevos elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, salvo cuando se trata de locales comerciales y garajes, y la licencia no se condicionó a un número concreto de ellos. Pero ya sabemos que, incluso en los supuestos excepcionales de la citada norma reglamentaria, tampoco se exige el cumplimiento de tales requisitos para las modificaciones que supongan aparición de nuevos elementos susceptibles de aprovechamiento independiente sin ampliación de obra, a no ser que exista una Ley autonómica que habilite la regulación reglamentaria.

Queremos concluir, haciendo referencia a una reciente Resolución de la DGRN, de 10 de diciembre de 2003[431], en la que se plantea el siguiente supuesto de hecho: se divide en régimen de propiedad horizontal "tumbada" una finca (en la Comunidad Autónoma de Madrid), en la que existen dos edificaciones independientes, cuyas obras nuevas se habían declarado en los años 1970 y 1974, formándose dos elementos privativos, cada uno de ellos formado por una vivienda y, como anejo inseparable, el uso y disfrute exclusivo de una zona de terreno. Ante tal situación, se enfrentan recurrente y registrador, con argumentos en defensa de sus respectivas posturas, negando el primero la necesidad de licencia de parcelación, que exige el segundo en la calificación recurrida. La DGRN sienta los siguientes principios:

La exigencia de licencia para la división de terrenos, que establece el artículo 53.a) RD 1093/1997, es meramente formal y ha de ponerse en conexión con la normativa sustantiva de cada Comunidad Autónoma, en la que reside la competencia urbanística. En el caso concreto, el artículo 151 de la Ley 9/2001 de 17 de Julio, del Suelo, de la Comunidad Autónoma de Madrid ,declara sujetos a licencia los actos de "parcelación" que la propia ley define como "cualesquiera que supongan la modificación de la forma, superficie, o lindes de una o varias fincas". Por ello hay que decidir si el concepto división horizontal, contenido en la escritura del presente supuesto, encaja o no en la definición de esta ley autonómica de acto de parcelación.

Considera el Centro Directivo que el elemento definitorio de la propiedad horizontal, es la comunidad de los propietarios sobre el suelo de toda la finca, y el vuelo, y por ello se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca total. Ahora bien, diferencia

[431] BOE de 13 de enero de 2004, núm. 11.

entre dos supuestos (en ambos casos se les suele dar el nombre de “división horizontal tumbada”):

1) Los Complejos Inmobiliarios Privados, que no tienen la naturaleza de propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sí les es de aplicación el régimen de la Ley de Propiedad Horizontal (arts. 2 y 24 de la LPH). Los mismos están integrados por parcelas o edificaciones jurídicamente independientes (el suelo y el vuelo es privativo), y sólo tienen en común los elementos accesorios (que pueden ser otras parcelas, viales, instalaciones, servicios, etc.), vinculados “*ob rem*”. Considera, por ello, que la constitución de ese régimen es una parcelación y les sería de aplicación la ley autonómica citada, y la correspondiente licencia.

2) La Propiedad Horizontal Tumbada propiamente, que se caracteriza por ser el suelo elemento común y, a la que se adjetiva como tumbada, tan sólo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales, sino que se sitúan en el mismo plano horizontal. Ésta tiene la naturaleza de una verdadera propiedad horizontal, porque todas las fincas mantienen en común el vuelo y la unidad de la finca. No se altera esta unidad porque el uso del terreno se atribuya a las diferentes viviendas. Así, en el supuesto de la propiedad horizontal tumbada, no existe fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de forma (la que se produzca será fruto de la edificación, necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas), superficie o linderos. Sería lo mismo que exigir licencia para la división horizontal, en los supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construías con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible. Este es el caso planteado, en el que -concluye la DGRN- no se necesita de licencia, pues, además la Ley no puede limitar el derecho del propietario a explotar como unidades independientes las dos construcciones existentes perfectamente legales.

A pesar de la clarificadora doctrina de la DGRN todavía pueden plantearse casos intermedios entre ambos supuestos, como cuando en la división horizontal tumbada se atribuye en propiedad (no meramente en uso) el suelo de los anejos o el terreno donde radica la edificación, aunque el vuelo siga siendo común. Es decir, si en el presente supuesto el terreno que se atribuye como anejo a cada una de las dos edificaciones

existentes lo hubiera sido en propiedad, aunque el vuelo fuera común, cabe preguntarse cuál hubiera sido la solución de la DGRN.

Así pues, corresponde a las Comunidades Autónomas determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos, sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo. Por lo tanto, el registrador ha de fundarse tanto en la legislación autonómica (necesidad de licencia), como en la estatal (imposibilidad de inscribir sin licencia *ex*. art. 53.a, RD 1093/1997).

Si aplicamos lo dicho a la Comunidad Autónoma de Andalucía, lo cierto es que en la enumeración de actos sujetos a licencia que hace el art. 169 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía[432] no figura como acto sujeto a la misma, la constitución del régimen de la propiedad horizontal o una simple modificación jurídica del régimen de propiedad horizontal ya inscrito, de modo que se aumente el número de elementos independientes, salvo que la modificación, además de ser jurídica, requiera obras de reforma que afecten a la estructura, disposición interior o aspecto exterior[433].

[432] BOJA de 31 de diciembre de 2002, núm. 154.

[433] El artículo 169 de la LOUA, establece que están sujetos a licencia urbanística municipal, los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, y en particular los siguientes: a) las parcelaciones urbanísticas (...); b) los movimientos de tierra, la extracción de áridos, la explotación de canteras y el depósito de materiales; c) las obras de viabilidad y de infraestructura (...); d) las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase y cualquiera que sea su uso, definitivos o provisionales, sean de nueva planta o de ampliación, así como las de modificación o reforma, cuando afecten a la estructura, la disposición interior o el aspecto exterior, y las de demolición de las existentes, salvo el supuesto de ruina física inminente; e) la ocupación y primera utilización de los edificios, establecimientos e instalaciones en general, así como la modificación de su uso; f) las talas en masas arbóreas y vegetación arbustiva; g) cualesquiera otros actos que se determinen reglamentariamente o por el correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística.

D) La inscripción de títulos traslativos o constitutivos de derechos reales, sobre edificios inscritos "en construcción o en proyecto" en el Registro de la Propiedad: el artículo 51 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

La legislación urbanística y registral constituyen un claro ejemplo que pone de manifiesto como el tráfico jurídico de pisos sobre plano constituye una realidad, con posible reflejo registral, de forma que, si bien se puede discutir sobre la naturaleza del derecho del comprador de un piso por el sistema "sobre plano", -discusión que entendemos que no existiría siempre que dicho negocio se documentara en escritura pública-, no existe problema en la normativa inmobiliaria para acoger esta figura.

a) Finalidad del artículo e interpretación del mismo.

El artículo 22 de la Ley del suelo 6/1998, de 13 de abril, completado por los artículos 46 y 47 del RD 1093/1997, distingue entre declaración de obra nueva terminada y comenzada. En ambos casos deberá aportarse la licencia de obras. Si la obra está terminada, el técnico competente certificará que la obra ya finalizada se acomoda al proyecto para el que se concedió la licencia. Si la obra se halla en construcción, el técnico certificará que la obra que se describe en la declaración notarial, coincide con aquella que se detalla en el proyecto para el que se concedió la licencia; más tarde, el propietario deberá hacer constar la finalización mediante acta notarial que incorporará la certificación de que la obra ha finalizado y que es conforme al proyecto aprobado.

Con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, se añaden otros requisitos, ya que el artículo 20.1, establece que "no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el art. 19".

A primera vista, las garantías de la edificación a que se refieren los artículos 19 y 20, se aplicarán tanto a la obra nueva terminada como a la obra nueva en construcción. Si bien en contra de tal interpretación extensiva, destaca la Resolución de la DGRN de 20 de marzo de 2000, que resolviendo una consulta que le había sido formulada por la Asociación de Promotores y Constructores de España, aclara que el artículo 20.1 LOE se refiere sólo a la declaración de obra nueva terminada y no, a la obra nueva en construcción

El problema está en que la obligación que establece el artículo 22 de la Ley del suelo de 1998 y el artículo 47.1 de las Normas complementarias de 1997, consistente en que el propietario haga constar la finalización de la obra, reflejando tales extremos en acta notarial, no tiene sanción alguna para el caso de incumplimiento, ni su inobservancia permite al Registrador cancelar, de oficio o a instancia administrativa, la declaración de obra nueva en construcción inscrita[434]. La única consecuencia de su falta, será la constancia de la no terminación en los títulos referentes al inmueble en la forma regulada en el artículo 51 del RD 1093/1997, de 4 de julio.

El mencionado artículo 51 del RD 1093/1997, según el epígrafe que lo precede, -*inscripción de títulos que tengan por objeto la obra declarada en construcción*-, dispone lo siguiente, "cuando del Registro no constare la terminación de la obra nueva, los títulos que tengan por objeto el edificio o alguno de sus pisos o locales, se inscribirán con la descripción resultante del Registro, haciendo constar en la nota de despacho que la obra está pendiente de que se tome nota registral de su finalización, único medio de dar publicidad *erga omnes* del cumplimiento de lo prevenido en la licencia correspondiente". Esta norma constituye un claro exponente de que el legislador admite y conoce que en la práctica, es corriente que estando la obra nueva declarada en construcción y, sin que en el Registro conste su finalización, cabe perfectamente la transmisión o gravamen de los pisos o locales del edificio.

Ahora bien, este tipo de negocios pueden revestir dos modalidades, que se transmitan o graven los pisos o locales, estando todavía en el Registro y en la realidad física, en estado de construcción y sin terminar, incluso cabe que se trate de pisos y locales futuros; es más, si además de la declaración de la obra nueva en construcción consta la

[434] Lo que queda reflejado en el Registro, no es la existencia de una obra nueva. Lo que consta es que está proyectada o comenzada, una obra según un proyecto que ha obtenido la correspondiente licencia. Que no llegue a hacerse constar la finalización de la obra, si ésta hubiese realmente terminado, constituye ciertamente una falta de conexión entre realidad y Registro, que sólo perjudica al propietario, que será el primero que tenga interés en hacer constar la finalización. Y, no existiendo plazo para cumplir la obligación de hacer constar la terminación, como impone el art. 22 LS 1998, nunca puede derivarse la cancelación de la inscripción por este incumplimiento. La inscripción de la declaración de obra nueva comenzada podrá ser cancelada por rectificación de la que dio lugar a tal inscripción. Lo cual ocurrirá cuando se produzca la sustitución de la obra declarada por otra, que requerirá que la escritura de obra nueva comenzada que sustituya a la ya inscrita cumpla todos los requisitos exigidos en los artículos 45 y ss. del RD 1093/1997; si lo que se pretende es reducir el terreno a su descripción originaria, será necesario acta de notoriedad o de presencia que acredite que en el terreno no existe obra alguna, bien porque no se ha llegado a comenzar o porque se ha demolido la inicialmente prevista (en este sentido vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La declaración de obra nueva en la nueva Ley de régimen del suelo", en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág.1148).

constitución del régimen de propiedad horizontal, no cabe ninguna duda de que es posible la inscripción de la transmisión o gravamen de los pisos y locales que se encuentren en esa situación[435], sin que se produzca ningún problema, pues dichos negocios jurídicos con tal objeto se acomodan perfectamente a la legislación urbanística y a la legislación hipotecaria, dada la concordancia entre el Registro y la realidad al no estar todavía terminada la obra.

En segundo lugar, cabe que se transmitan o graven los pisos o locales, estando todavía en el Registro el edificio en construcción, pero figurando ya en la realidad física como terminados y refiriéndose la escritura pública de transmisión a pisos o locales de edificio terminado, aunque no figure así en el Registro. En torno al precepto que comentamos, han surgido dos líneas interpretativas:

b) Primera interpretación: el precepto es aplicable solamente a los títulos traslativos en los que se declara que la edificación se encuentra todavía en construcción.

Una primera interpretación, que se fundamenta en la aparente redacción literal de la norma y en la aplicación estricta del principio de tracto sucesivo, es aquella que considera que el precepto es aplicable, solamente, a los títulos relativos a pisos o locales en construcción, que tanto en el Registro como en el título figuran en construcción, porque todavía no se han terminado.

Según este razonamiento, que es mantenido por GARCÍA GARCÍA[436], lo que preocuparía al legislador es la venta o gravamen de pisos o locales en situación de prehorizontalidad, es decir, todavía no terminados, permitiendo que sean objeto de inscripción, incluso, aunque se trate de pisos futuros o meramente proyectados, no existentes en la realidad física. Siempre que el título se refiera al piso como formando parte de un edificio en construcción, el artículo 51 del Reglamento que comentamos, permite la inscripción de tales pisos proyectados o futuros, pero siempre que se inscriban con la descripción que resulte del Registro, es decir, como formando parte de un edificio en propiedad horizontal en construcción o solamente comenzado.

---

[435] GARCÍA GARCÍA, J. M., "¿Transmisión de pisos en construcción o terminados? Dos posibles interpretaciones del artículo 51 del Reglamento de 4 de julio de 1997", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 41, octubre 1998, págs. 2495 a 2501. Del mismo autor, vid. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Urbanismo y Registro*, tomo V, op. cit., págs. 490 y ss.

[436] GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario...*, tomo V, op. cit., págs. 493 a 497.

Dada la especialidad del supuesto, y para evitar que el registrador practique la inscripción sin expresar que el edificio está en construcción, lo que pretendería el precepto es que, además, se vayan arrastrando en las sucesivas inscripciones del piso vendido o hipotecado que forma parte de un edificio en construcción, para evitar que quede en la lejanía de los folios o en la finca matriz el dato de que el edifico está en construcción.

La consecuencia que se deriva es, que si pretende acceder al Registro un título de transmisión o de constitución de cualquier derecho sobre una edificación o parte de ella, con afirmación de que consta terminada, o dándola como terminada por la vía tácita de no hacer alusión a ello en su descripción, a pesar de que en el Registro figure el edificio en construcción, en tal caso, el registrador deberá suspender la inscripción del documento hasta que se aclare si lo que se vende es un piso o local de edificio en construcción o de edificio terminado, y en este último caso, habrá de exigirse que, previamente, se cumpla la obligación derivada de los artículos 22 *in fin*e de la Ley del Suelo de 1998, y 47 de las Normas Complementarias, que exigen como obligación legal, que el propietario deberá hacer constar la terminación de la obra a través de acta notarial; a lo que cabe añadir las exigencias que respecto a la acreditación de seguros establece el artículo 20.1 LOE[437].

Si el vendedor promotor no cumple su obligación legal a instancia del comprador, y éste desea inscribir rápidamente su título, el artículo 47 del Reglamento de 1997, amplía la lista de legitimados para instar el acta notarial y la nota marginal de finalización de la obra, entre los que se encuentra el presidente de la Comunidad de propietarios. GARCÍA GARCÍA, sostiene que, independientemente de lo que pueda disponer el mencionado precepto 47, el comprador puede instar un acta notarial de finalización de obra como interesado, al ser comprador del piso o local, incluso antes de haber inscrito su título, pues puede tener interés en que el título acceda al Registro con expresión de que el piso o local están terminados y no simplemente en construcción. Por eso, la referencia en el artículo 47 al "titular registral", ha de ser interpretada en sentido amplio, de tal forma, que abarque a todos los posibles interesados que por contar con título inscribible a su favor (compraventa del piso o local), son potenciales titulares registrales, con evidente interés en solicitar tal acta de finalización de la obra. Sin perjuicio, de que puedan obtener, en el ínterin, anotación preventiva por el correspondiente defecto subsanable, despejando así toda duda de que se trata de un titular registral.

[437] De acuerdo con la interpretación propuesta por la Dirección General mediante Resolución de 20 de marzo de 2000.

Según ARNAÍZ EGUREN[438] la idea expuesta da lugar a una aplicación estricta del principio de tracto sucesivo, porque realmente este criterio formal no debe llevarse a tal extremo que impida el funcionamiento del tráfico inmobiliario y de la financiación hipotecaria, cuando del Registro consta claramente la titularidad del transmitente, las características físicas de la edificación y la autorización administrativa pertinente. Por otra parte, esta interpretación del precepto chocaría con el propio artículo 47.2 a) del Real Decreto de 1997, cuando admite, esta vez como excepción directa al tracto, que el acta de finalización de la obra puede instarse por quien declaró la obra nueva en construcción, aunque haya transmitido ésta en todo o en parte. Pues bien, la aplicación de este precepto no puede condicionarse de tal forma que tenga lugar solamente en el caso de que los títulos traslativos parciales o totales de la obra hayan especificado que la edificación se halla en construcción, pues tal criterio sería contrario al propio espíritu del precepto.

c) Segunda interpretación: el título traslativo o constitutivo de derechos sobre la finca inscrita en construcción es inscribible, aunque en el mismo se afirme que la edificación está terminada.

La segunda línea interpretativa que ha surgido en torno al comentado artículo 51 del RD 1093/1997, y que es la seguida en la práctica registral, considera que el título traslativo o constitutivo de derechos sobre la finca inscrita en construcción, es inscribible aunque en el mismo se afirme que la edificación está terminada, figurando en el Registro todavía en construcción. Este fue el criterio que se adoptó en la RDGRN de 21 de marzo de 1997 (BOE 24-4-97)[439], que admite la hipoteca de una finca que se declara en el título terminada, constando tabularmente en construcción.

---

[438] ARNAÍZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos...*, op. cit., pág. 379.

[439] El supuesto de hecho es el siguiente: previa inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de declaración de obre nueva en construcción de cierta edificación (una vivienda-chalet), se presenta a calificación una escritura de préstamo hipotecario en la que, por un lado, se establecen diversas estipulaciones que responden a la finalidad de financiar la construcción de la mencionada edificación; y, por otro lado, en la cláusula de constitución de hipoteca se procede a describir el objeto del gravamen hipotecario como una edificación completa y definitiva, aludiendo al total de superficie construida, a la porción de terreno sobre la que está asentada la edificación; sin añadir ni aclarar que dicha edificación se halla en fase de ejecución o sin concluir. El registrador suspende la inscripción solicitada por el defecto consistente en la falta de coincidencia entre la situación constructivo-urbanística del inmueble hipotecado resultante del Registro (en el que figura la obra nueva en construcción), y la manifestada en el título calificado, en el que se describe la finca como si estuviera ultimada dicha construcción. Aún cuado la Resolución se concreta al especifico supuesto, la doctrina que sienta, se podría extender a cualesquiera otras operaciones de tráfico jurídico-inmobiliario y sobre cualesquiera inmuebles en construcción, incluyendo, supuestos de ventas múltiples sobre plano de viviendas en grandes porciones inmobiliarias. Para un extenso comentario crítico de la Resolución, vid. GARCÍA GARCÍA, J. M. y DÍAZ FRAILE, J. Mª., "El tráfico jurídico-registral sobre los

Esta es la opinión mantenida por ARNAÍZ EGUREN[440], sobre la base de que lo pretendido por la norma es facilitar, en lo posible, la inscripción registral. En otro caso, la norma reglamentaria habría sido objeto de una redacción diferente, con especificación del cierre registral aplicable a los título que se encuentran en la situación que tratamos, en términos parecidos a los que utiliza el artículo 55 del RD 1093/1997[441].

Es por ello que el artículo 51 no establece tal medida, no haciendo distinción, en la aplicación de su contenido, entre los títulos de venta de fincas en los que se describa la finca en construcción de los que afirmen lo contrario, es decir, que está terminada. Cosa distinta, es que estos últimos no son suficientes para hacer constar la terminación de la obra, pues para ello es necesario el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47.

En tal sentido, ARNAÍZ EGUREN estima que la redacción del precepto es absolutamente clara en cuanto a lo que pretende, incluso desde el punto de vista de su tenor literal, por lo que la posición contraria supone una aplicación de principios registrales exagerada, que no se conforma al espíritu ni a la letra del precepto.

De forma rotunda, GARCÍA GARCÍA[442] se opone a la explicación anterior, entre otros argumentos, defiende el autor que si no controlan esta obligación legal de documentación los notarios y registradores, no la podrá controlar ningún otro funcionario y, el precepto podría quedar en letra muerta. Además, insiste, en que este tipo de interpretación produce una definitiva discordancia entre el Registro y la realidad jurídica, pues, si no se controla esa concordancia y, se deja la puerta abierta al incumplimiento del deber legal impuesto en el art. 22 de la Ley de 1998, ya nadie se molestará en hacer ningún acta notarial de terminación de obra ni de inscribirla en el Registro, deviniendo inútil todo lo que la Ley del suelo y el Reglamento de 4 de julio de 1997 han establecido sobre la terminación o finalización de la obra. Y con el tiempo, el Registro de la Propiedad se convertirá en el "panteón de edificios en construcción".

---

inmuebles en construcción. Crítica de la Resolución de la DGRN de 21 de marzo de 1997", en *RCDI*, núm. 641, julio-agosto 1997, págs. 1449 y ss.

[440] ARNAÍZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos...*, op. cit., pág. 380.

[441] El artículo 55 del RD 1093/1997, establece que "los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de lo establecido en este Reglamento para la inscripción de declaraciones de obra nueva, de tal forma que los documentos que no reúnan los requisitos exigidos no serán inscribibles, sin perjuicio de lo dispuesto, sobre publicidad registral de la irregularidad urbanística, en la legislación aplicable en cada caso".

[442] GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario..*, tomo V, op. cit., pág. 501.

Sin embargo, la práctica notarial y registral se han inclinado por esta segunda interpretación por estimarla más conforme con la letra y finalidad del precepto.

d) Repercusión de la Ley de ordenación de la edificación.

De acuerdo con la acertada interpretación que se venía haciendo en la práctica registral del artículo 51 RD 1093/1997, constando tabularmente el edificio en construcción, se admitía el acceso registral de los títulos con efectos reales que recaían sobre los distintos pisos integrados en el mismo, ya figurasen en el título en construcción, concordando con la realidad registral, ya figurasen terminados.

Dicha interpretación se ajustaba a la propia finalidad del precepto, que tenía el estimable propósito de facilitar la inscripción registral a los compradores de pisos y locales de edificios, ante la negligencia de los constructores o promotores, que no habían hecho constar la terminación de la edificación en el Registro, si bien, presentaba el inconveniente de que perpetuaba, registralmente, la situación del edifico en construcción, en discordancia permanente con la realidad y, sobre todo, fomentaba los incumplimientos de la legislación urbanística respecto de los requisitos de la terminación de la obra nueva, impuestos por el art. 22 de la nueva Ley del Suelo.

La aparición de la LOE, ha motivado, que además de los "requisitos urbanísticos" que se exigen para declarar la obra nueva, es necesario acreditar la constitución del seguro decenal que cubre los defectos estructurales, siendo el momento elegido para ello, el de la declaración de obra nueva terminada, o en su caso, el acta notarial con el certificado de finalización, de la obra previamente comenzada.

Con la aparición de la nueva norma en materia inmobiliaria, se han oído opiniones[443] doctrinales, sobre "la muerte" del artículo 51, en el sentido de que hay que negar el acceso registral sin la constancia tabular del acta notarial de terminación –*ex.* art. 22 LS, art. 47.1 RD 1093/1997-, y la acreditación de la constitución de las garantías –*ex.* art. 19, en relación con art. 20.1 LOE-, a los títulos traslativos o constitutivos de derechos sobre edificio que, registralmente aparezca en construcción, describiéndose en el título

[443] En este sentido vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., "Adiós al artículo 51 del Reglamento de inscripción de actos de naturaleza urbanística", *Lunes cuatro treinta*, núm. 292, diciembre 2000, págs. 19-20. También SIFRE PUIG, R. F., "Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, en relación con la constitución de garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad", en *RCDI*, núm. 669, enero-febrero 2002, págs. 176-177.

como edificio terminado, o simplemente como "edificios", ya que una actuación semejante implicaría dejar la puerta abierta al *fraus legis*, infringiendo el artículo 20.1 LOE y la misma finalidad de tal norma, que es evitar el fraude a los adquirentes, además, en caso de posibilitar la inscripción de dichos títulos, se estaría trasladando al propietario o tercer adquirente, en su caso, el coste del seguro –opinión discutible, pues el adquirente siempre tiene derecho a exigir del promotor su constitución, aun después del otorgamiento de la escritura-.

Si bien la LOE tipifica un seguro obligatorio, no se prevé que el Consorcio de Compensación de Seguros lo preste en aquellos casos en que un promotor, con alto grado de siniestralidad, no encontrare aseguradora. Podría suceder que un promotor que, en su momento, declaró la obra nueva en construcción y realizó la división horizontal, habiendo vendido los pisos, ha terminado la obra, pero no encuentra quién le asegure. Esto significa que si no puede realizar la constatación de la finalización de la obra nueva, porque no puede acreditar el requisito del seguro, ¿los adquirentes cuyos títulos describan el inmueble como terminado, no van a poder reflejar sus titularidades en la institución registral? Según la interpretación a la que hemos hecho referencia, la solución sería el cierre registral para tales títulos. No estamos de acuerdo con tal consideración como tendremos ocasión de exponer.

De ninguna manera se puede producir el cierre registral a los adquirentes de promotores, cuando no conste el seguro, convirtiendo en clandestinas sus titularidades, al no poder acceder al Registro. Esta expulsión por una infracción ajena, recayente sobre el promotor, que no constituyó la garantía del artículo 19 LOE, vulneraría el artículo 24 de la Constitución que, en su acepción amplia, judicial y extrajudicial, prohíbe la indefensión de los derechos[444].

El artículo 20.1 LOE, es una norma protectora de los adquirentes, como asegurados *ex lege* de los seguros concertados al amparo del artículo 19, que pretende tutelar su expectativa contractual, mediante un expediente previo a la adquisición de su vivienda o local. De ninguna manera, puede ser admisible una interpretación de la norma que expulse a los adquirentes del Registro de la Propiedad, como consecuencia del incumplimiento de

[444] Especialmente crítico con el cierre registral, como forma de sanción de ciertas operaciones inmobiliarias que no cumplen con los requisitos impuestos por algunas disposiciones administrativas, PARDO NÚÑEZ, C. R., "Un nuevo seguro obligatorio. Comentario del artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 90, 2000, págs. 216-218.

una obligación del promotor, en ese caso, la norma adquiriría unos efectos perversos y, el incumplimiento de la misma por el sujeto obligado, -el promotor infractor-, serviría para gravar, mucho más, la posición de los beneficiados por la norma que, hubieran estado mejor protegidos, de no haber existido la norma que ahora trataba de protegerlos[445].

Llegados a este punto, en el supuesto en que no exista concordancia entre la descripción que se efectúe en los títulos referentes al edificio, apareciendo éste como terminado, si bien en su descripción registral figura en construcción, nos parece más favorable al comprador y más ajustado a las normas en vigor, que el registrador actúe de la siguiente manera: suspender la inscripción y exigir que aporten el certificado de finalización de la obra con la prestación del seguro decenal exigido por la LOE, si es que el edificio está realmente terminado; o bien, que rectifiquen la descripción del objeto de la venta para que figure en la escritura como perteneciente a un edificio en construcción, si es que realmente es así y hubo un error en la escritura. En definitiva, lo que se persigue es adecuar la realidad registral con la extrarregistral (art. 40 LH).

Pero si una vez notificado el defecto, el interesado (no el presentante), consiente en la inscripción en los términos resultantes del Registro, pese a estar el edificio terminado en la realidad, debería permitirse la inscripción *ex.* art. 51 RD 1093/1997, haciendo constar al pie del título el carácter del edificio en construcción y la discrepancia con la descripción expresada en dicho título, pues siempre debe prevalecer el superior interés del adquirente en acceder al Registro, y lo cierto es, que no se puede exigir la prestación del seguro decenal hasta la inscripción de la finalización de la obra (RDGRN de 20 de marzo de 2000), ya tenga lugar la constancia de tal finalización antes o después de la formalización de la venta[446].

Todo lo anterior nos lleva a considerar criticable que la exigencia de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE deba acreditarse en el momento en que se formalizan e inscriben las declaraciones de obra nueva en el Registro de la Propiedad, subordinando tal circunstancia, a un requisito administrativo que no pertenece a la estructura dispositiva civil del acto de declaración y es, además, ajeno al control del cumplimiento de los

[445] En este sentido, vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 20 de la LOE", en op. cit., pág. 454.

[446] Desde estas páginas queremos agradecer a F. J., GÓMEZ GÁLLIGO, su "consejo registral" sobre este tema, en torno al cual, no hay, todavía, pronunciamientos del Centro Directivo de registradores y notarios.

requisitos de legalidad urbanística contenidos en el artículo 22 de la Ley del suelo de 1998, desarrollado por los artículos 45 y siguientes, del RD1093/1997.

2.- CONTENIDO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.

El artículo 5 LPH se ocupa de la instrumentación formal del régimen de la propiedad horizontal, mediante la regulación del denominado título constitutivo. El mismo se puede definir como el negocio jurídico tendente a proclamar que el edificio se halla en situación de propiedad dividida por apartamentos, o está en trance de ello, mediante la determinación y descripción del edificio, de sus diferentes unidades privativas, y estableciendo las cuotas de participación de los distintos pisos y locales en relación al valor total del inmueble (art. 5, párrafos 1 y 2 LPH). La descripción del inmueble habrá de expresar, además de las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria, las instalaciones y servicios con que cuente el mismo. La descripción de las unidades, a cada una de las cuales se les asignará un número correlativo, expresará su extensión, linderos, planta en que se halla y los anejos con que cuente (núms. 4 y 5 del art. 8 LH)[447].

A) La descripción del inmueble en su conjunto.

El inmueble en su conjunto, es la denominada finca matriz, sobre la que se constituye el régimen de propiedad horizontal que, como hemos tenido ocasión de ver, es una finca a la que están conexos los pisos y locales que la forman, por razones de permanencia y de pertenencia: es la base histórica de la que surgen los folios autónomos de los pisos y locales y, en ella se integran físicamente los mismos con sus anejos, en su caso, y los elementos comunes[448].

Lo habitual[449], es que se declare en la misma escritura, la obra nueva y la división horizontal, es por ello, que la descripción del inmueble figurará materialmente en el

[447] Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 505. También ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., "Comentario del artículo 5 LPH", en op. cit., pág. 108.

[448] En este sentido, GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", en op. cit., págs. 463-464.

[449] SOLÍS VILLA, I., "Comentario al artículo 5 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*..., op. cit., págs. 139-140. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., y J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, op. cit., pág. 270.

apartado correspondiente a la obra nueva[450]; pero, hay que dejar claro que no hay ningún precepto legal que obligue a que esto sea así.

Es por ello, que la descripción que del inmueble se haga en la declaración de obra nueva, deberá contener la constancia del número de plantas, la superficie de parcela ocupada, y el total de los metros cuadrados edificados (art. 45 RD 1093/1997). Deberá, además, acreditarse la obtención de la licencia correspondiente (art. 46), con la acreditación técnica de que se ajusta al proyecto y de estar en construcción o finalizada (art. 22 LS 1998 y arts. 46 y 47 RD 1093/1997). Estas nuevas circunstancias, no creemos que sean exigibles, aunque será muy conveniente consignarlas, si la obra nueva ya constaba en el Registro y se trata de formalizar únicamente la división horizontal.

La descripción total del inmueble, según el art. 5 LPH, habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria (arts. 9 LH y 51 RH). De acuerdo con estos preceptos, en la descripción deberá señalarse la naturaleza de la finca, que se determinará expresando, en este caso, que es urbana. Si se aporta cédula, certificación o licencia administrativa que lo acredite, se hará constar, además, la calificación urbanística de la finca (art. 51.1 RH). La situación de la fincas urbanas se determinará expresando el término municipal y pueblo en que se hallaren, el nombre de la calle o sitio, el número si lo tuvieren y los que hayan tenido antes; el nombre del edificio si fuera conocido por alguno propio; los linderos expresados por la izquierda (entrando), la derecha y fondo (con posibilidad, si se trata de finca urbana solar, de aludir a los puntos cardinales, en el caso de que sean más expresivos, por carecer propiamente de entrada concreta por un determinado lado); la referencia catastral, en los supuestos legalmente exigibles y cualquier otra circunstancia que permite distinguirla de otra finca (art. 51.3 RH). La medida superficial se expresará en todo caso conforme al sistema métrico decimal. La descripción de las fincas urbanas (y rústicas) será preferentemente perimetral, sobre la base de datos físicos referidos a las fincas colindantes o datos catastrales de las mismas tomados de plano oficial (art. 51.4 RH).

[450] Si bien, el artículo 8, en sus números 4 y 5 LH, para la inscripción del régimen de la propiedad horizontal, no exige que previa o simultáneamente conste la declaración de obra nueva, debido a la necesidad de que la construcción esté previamente comenzada, la división horizontal suele otorgarse de forma unitaria con el acto de declaración de obra nueva, constituyendo materialmente, un solo documento, (pese a que constituyen tributariamente hechos distintos a los efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales en concepto de actos jurídicos documentados. Vid. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 505).

Si bien, en nuestro sistema positivo, la descripción es, en principio, literaria, es decir, narrativa de los datos de las fincas, existe una tendencia en la legislación, cada vez más acusada, a que se complemente, en la medida de lo posible, con una descripción gráfica o planimétrica. En esta línea, de revitalizar el aspecto descriptivo gráfico, se manifestó la regla cuarta del art. 51 RH, que preveía la aportación de plano al Registro cuando voluntariamente así se hubiera previsto en el documento, en cuyo caso, se establecía el archivo del plano. Precisamente, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre[451], al reformar la regla primera del art. 9.1 LH, que permite que pueda completarse la identificación de la finca, mediante la incorporación al título inscribible de "una base gráfica o mediante su definición topográfica, con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente", viene a corregir el equivocado planteamiento mantenido por la STS de 31 de enero de 2001 (RJ 1083), que no tuvo en cuenta la multiplicidad de supuestos en que la legislación preveía dicha descripción gráfica, que no es incompatible, sino todo lo contrario, con el sistema inmobiliario registral español.

La redacción de este precepto de la Ley hipotecaria es lo suficientemente amplia para permitir el acceso al Registro, tanto de una base gráfica oficial, sea urbanística, catastral o topográfica, como de una base gráfica realizada a título particular, si bien, con una regulación diferente en uno y otro caso, al ser de aportación obligatoria el plano, cuando en el documento se utilice la base gráfica del primer grupo. Realmente, cuando se produzca la plena coordinación entre Catastro y Registro, en la que actualmente, se han asentado las bases fundamentales para conseguirla[452], será imprescindible que el Registro

[451] Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre; rectificación BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2002).

[452] En este largo camino de acercamiento de estas dos instituciones, se ha pretendido que el Catastro aporte al Registro la fehaciencia de sus descripciones e identificaciones de fincas, y el Registro debe aportar al Catastro, la segura y fehaciente identificación de las titularidades jurídicas que recaen sobre los inmuebles. Esta colaboración ha seguido un orden: primero, se sintió la necesidad, ya tradicional, en el ámbito del Registro de la Propiedad, de poder identificar las fincas mediante un soporte cartográfico; después, se adaptaron las instalaciones informáticas; y, a partir de entonces, se establecieron las reglas específicas a las que deberían atenerse los registradores de la propiedad para la correcta identificación gráfica de las fincas registrales y la intermediación en este proceso de los notarios. Este acontecer aparece reflejado en una multitud de resoluciones: todo se inicia con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31 de diciembre), que regula el tema de la referencia catastral en los artículos 50 a 57, y sigue con la Instrucción de 26 de marzo de 1999, de la DGRN sobre certificaciones y referencia catastral; la Orden de 23 de junio de 1999, por la que se regula el procedimiento para suministrar información al Catastro por notarios y registradores; el Convenio de Cooperación de 11 de noviembre de 1999, para la informatización e intercambio de la cartografía; la Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la DGRN, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros, culminando con la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del catastro inmobiliario.

cuente con las bases gráficas de las fincas, para que pueda producirse la perfecta identificación de ellas en relación con cada uno de los folios registrales.

Hoy, buscando esa coordinación entre la realidad física y la registral, se impone, como hemos mencionado, la referencia catastral (arts. 50 y ss. de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social). Ahora bien, tratándose de edificios en construcción, no se puede dar, todavía, la referencia catastral, pues ésta se produce con el certificado de finalización de obra o licencia de primera ocupación.

Efectivamente, el artículo 3 del RD 1448/1989, de 1 de diciembre, que desarrolla el artículo 77 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, sobre Haciendas Locales, establece: "a) Tratándose de altas por nuevas construcciones, dos meses contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación de las obras". La misma conclusión resulta de la Resolución de 18 de diciembre de 1995 de la Dirección General del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, en desarrollo del articulo 2.1 del RD 1448/1989, que se ocupa de las declaraciones de altas y alteraciones catastrales de bienes inmuebles de naturaleza urbana. Y concretamente, para las alteraciones consistentes en nueva construcción, exige presentar el documento de declaración de la alteración, la relación de titulares, los datos de los elementos constructivos, el reparto de elementos comunes, la fotocopia del documento de escritura de obra nueva, el certificado final de obra o licencia de primera ocupación, fotografía de la fachada, plano de situación, y plano del solar, etc. De esta regulación, resulta que el organismo catastral exige el certificado final de obra o la licencia para asignar la correspondiente alteración, que en edificios por pisos determinará la asignación de número de referencia catastral independiente para cada piso.

El comentado art. 5 LPH, exige, además de lo anterior, que se expresen los servicios e instalaciones con que cuente el inmueble. En este sentido, considera VENTURA-TRAVESET[453], que los servicios e instalaciones forman un todo con el inmueble, aunque no se reseñen expresamente en la descripción del mismo. Esta idea se encuentra presidida por la propia evolución del concepto de edificio, hacia una idea más funcional, como "máquina compleja de habitar" (incluso se utiliza la expresión de edificio inteligente o casa domótica, para expresar la idea de una vivienda inteligente en la que un ordenador regula

[453] En este sentido, VENTURA-TRAVESET, A., *Derecho de propiedad horizontal*, 6ª edición reformada y adaptada a la LEC 2000, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 240.

los múltiples sistemas y electrodomésticos del hogar con el fin de mantener el confort y la seguridad de sus habitantes), lo que implica que está integrada por todo un complejo de instalaciones, maquinarias, aparatos y dispositivos que coadyuvan a su más cómoda habitabilidad, que hacen que se considere como unidad, lo que excluye la necesidad de describir todos y cada uno de los elementos que la integran.

En cualquier caso, el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, exige una información detallada al público de esos servicios e instalaciones, así como de sus características, descripción y trazado (*cfr*. arts. 3, 4 y 5). Nos parece, que la reseña de los mismos, si bien, no tiene relevancia desde el punto de vista de la inscripción del título, sí tiene importancia a efectos de que los propietarios conozcan, por el título constitutivo, con qué elementos de servicio general o afectos al servicio común pueden contar y están obligados a mantener.

B) Elementos comunes.

La existencia de elementos comunes es el otro presupuesto necesario para que pueda surgir el régimen de propiedad horizontal en un edificio, ya que, son los que permiten el aprovechamiento de los pisos y locales. Por ello, se atribuye a los diferentes propietarios un derecho de copropiedad sobre tales elementos comunes, que va inseparablemente unido al derecho de propiedad separada que recae sobre cada unidad privativa.

No resulta tarea fácil crear una fórmula general que, de forma automática, deje resuelta la cuestión de qué elementos son comunes y cuáles privativos. La naturaleza peculiar de la institución y su contenido variable en cada caso, unido al inevitable amplio margen concedido a los propietarios al configurar el edificio, tanto en su aspecto físico como jurídico, no permiten establecer una tipificación de elementos única y aplicable, en todo caso. Buena prueba de ello, es que el art. 3.b, LPH, los define por exclusión, al aludir a la copropiedad “de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes”.

Por su parte, el art. 396 CC, establece un doble criterio para atribuir a un elemento la condición de común: en primer lugar, establece unos principios generales, con cierta

pretensión definitoria; y en segundo lugar, contiene una enumeración no exhaustiva de elementos, instalaciones y servicios, que, habitualmente, han de ser comunes.

Son caracteres propios a todos los elementos comunes, su finalidad de servicio o accesoriedad en relación con el correspondiente elemento privativo, su inseparabilidad con respecto al mismo, su carácter indivisible y su insusceptibilidad de individualización jurídica. Esta última característica se concreta en la falta de atribución de cuota de participación propia y en la imposibilidad de apertura de folio registral como finca independiente (arts. 396.2 CC y 3.b.2 LPH)[454].

La descripción del edificio no será completa, en ciertos casos, si no se describen algunos de los elementos comunes. Por ello, resulta un tanto extraño que el art. 8.4 LH, no haga ninguna referencia a los mismos como objeto de inscripción. Ello se debe, sin duda alguna, a que parte de que son los que establece el art. 396 CC, que es norma legal que no necesita reiterarse. Y por otro lado, existe el principio, admitido por doctrina[455] y jurisprudencia[456], de que el elemento común no necesita expresarse o explicitarse, de tal modo, que será elemento común todo aquello que no figura en el título constitutivo, como elemento privativo o anejo. No obstante, al margen de lo dispuesto en la Ley, resulta sumamente aconsejable que se describan también los elementos comunes.

Respecto a las clases de elementos comunes, la doctrina ha distinguido varias clasificaciones. Por un lado, los elementos comunes pueden serlo por naturaleza, de modo que en ningún caso pueden dejar de serlo, y en el título constitutivo no cabe establecer lo contrario. Así, se pueden citar, entre otros, las fachadas, muros, escaleras, cimentaciones; el vuelo no entra en esta categoría, dado que puede existir una reserva que excluya el carácter común, a favor del promotor, de uno de los propietarios o de un tercero,

---

[454] Sobre este tema, vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., págs. 517 y ss.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., "El título constitutivo de la propiedad horizontal", en op. cit., pág. 467; GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", op. cit., págs. 496-502. MARTÍN PÉREZ, J. J., "Comentario a la Disposición adicional única de la LPH", en op. cit., págs. 878-890. Un análisis detallado de los distintos elementos comunes que enumera el art. 396 CC, en FUENTES LOJO, J. V., *La Ley de propiedad horizontal, después de la reforma...*, tomo II, op. cit., págs. 835 y ss.

[455] Entre otros, MARTÍN PÉREZ, J. J., "Comentario a la Disposición adicional única de la LPH", en op. cit., pág. 867, y la bibliografía que cita sobre este tema.

[456] Desde la STS de 10 de mayo de 1965 (RJ 2521) y la RDGRN de 28 de febrero de 1968 (RJ 3645), todo lo que pertenece a la entidad registral del edificio y no figura singularmente atribuido a pisos o departamentos determinados, ha de entenderse integrado en los elementos comunes (SSTS de 13 de marzo de 1981 [RJ 912], 27 de octubre de 1986 [RJ 6012], 23 de febrero de 1993 [RJ 1223], 17 de diciembre de 1997 [RJ 8780], 4 de mayo de 1998 [RJ 3229]).

concretada en el título constitutivo, tras cuyo ejercicio, el vuelo recupera su condición de elemento común (pese a la sorprendente STS de 10 de mayo de 1999 [RJ 2886]); respecto del suelo subyacente a la construcción, fuera de la hipótesis de previa constitución de un derecho de superficie, no se puede pactar en el título constitutivo que el suelo será elemento privativo de uno de los propietarios.

En cuanto a los elementos comunes por destino, que son aquellos calificados como comunes porque la Ley lo establece, aunque permite su desafectación, si bien en el título no se hace uso de esta posibilidad; o bien, son calificados como comunes en virtud de una disposición expresa o tácita en el título constitutivo, pero que igualmente podrían haber sido configurados como privativos, por reunir los requisitos de independencia y delimitación suficiente, necesarios para ello (patios con salida independiente, piso o locales no expresamente determinados como privativos). Desde otro punto de vista, los elementos comunes pueden ser generales o restringidos, y su desafectación puede hacerse atribuyendo solamente un derecho de uso o una titularidad dominical.

De todo ello resulta, que los elementos comunes deben, al menos, reseñarse en el título y, en muchos casos, si puede haber polémica, describirse con cierto detalle, todo lo cual se hará en la descripción del edificio en su conjunto.

C) La descripción de los pisos y locales –elementos privativos- en que se dividirá el edificio.

Tienen la categoría de elementos privativos[457] de un inmueble, sujeto al régimen de la propiedad horizontal, los espacios suficientemente delimitados y susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o la vía pública que constituyen el objeto de la propiedad exclusiva y singular de cada propietario (arts. 3.a LPH y 396 CC)[458]. Forman parte del mismo, y comparten su carácter privativo,

[457] Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", en op. cit., págs. 486 y ss. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., "El título constitutivo de la propiedad horizontal", en op. cit., págs. 470-480. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., págs. 533 y ss. ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., "Comentario del artículo 5 LPH", en op. cit., págs.123; SOLÍS VILLA, I., "Comentario al artículo 5 LPH", en op. cit., págs. 142-144.

[458] La primera observación que provoca la lectura de ambos preceptos es el criterio que adopta el art. 396 CC, al mencionar, únicamente, como objeto de propiedad separada, "los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos", cuando parece preferible una fórmula más flexible que permita considerar como unidades separadas todo tipo de espacios en los que concurran las exigencias legales. En este sentido, ALONSO PÉREZ, M., "La propiedad horizontal. Especialidades de su contenido como derecho (notas para

todos los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases comprendidos dentro de los límites de ese espacio privativo, sean o no aparentes, y siempre y cuando sirvan exclusivamente al propietario, así como los anejos expresamente señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del aquel espacio delimitado. La especial característica de estos pisos y locales es que, una vez que se forman, dentro del régimen de propiedad horizontal, pasan a ser susceptibles de propiedad separada y objetos de derechos reales independientes, y de ahí, la apertura de folio registral para los mismos que se prevé en el número 5 del art. 8 LH, sin que sea suficiente su mero reflejo en la inscripción del folio general del edificio en su conjunto, a que alude el número 4, del mismo precepto. También se produce la atribución de una cuota de participación referida al conjunto del inmueble expresada en centésimas del mismo.

Respecto del requisito de que se trate de un espacio suficientemente delimitado, la referencia al espacio, significa que se parte de delimitaciones cúbicas, que son de esencia a la propia configuración de un edificio, sin perjuicio que la delimitación se haga con rayas sobre el suelo, tratándose de plazas de aparcamiento. La necesidad de delimitación está relacionada con la determinación del objeto, de acuerdo con el principio de especialidad, y la descripción del mismo con los requisitos de la LPH y de la legislación hipotecaria, que veremos a continuación. La posibilidad de aprovechamiento independiente supone que, cada elemento privativo, ha de tener la posibilidad de ser aprovechado como una unidad, para ello ha de tener salida a elemento común o vía pública[459]; no ha de tener,

---

una valoración jurídica y sociológica)", en *RDP*, febrero, 1977, pág. 87-88, ya propugnaba referir la propiedad individual a todo "espacio suficientemente delimitado", -tal y como se expresa el actual art. 3.a, LPH-, ya que es una idea que comprende otras posibles figuras nacientes con la progresiva urbanización y las exigencias de la vida moderna. Viene recogida esta idea por el nuevo art. 1.2 LPH.

[459] La autonomía de la entrada o salida ha de ser total, para que no se vea comprometida su capacidad de aprovechamiento independiente. Es por ello, que un supuesto discutible que se plantea, es si tal exigencia debe entenderse cumplida en el caso de que la salida a la vía pública quede garantizada por medio de la constitución de una servidumbre de paso, actuando como predio sirviente otro piso o local, que sí disponga de tal salida. La RDGRN de 12 de noviembre de 1997 (RJ 5219), considera que una servidumbre de paso no es suficiente para entender cumplido el requisito de la susceptibilidad del aprovechamiento independiente, entre otras razones, porque no puede garantizarse de modo jurídicamente estable y definitivo. Frente a este argumento, considera MARTÍN PÉREZ, J. J., "Comentario a la Disposición adicional única de la LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal, Ley 8/1999, de 6 de abril*, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 854, que el verdadero problema que crea la servidumbre de paso, no es su carácter jurídicamente inestable, sino el hecho de que se crea una vinculación y dependencia permanente de un espacio respecto de otro, que hace que pierda su propia autonomía, no concurriendo la "independencia" en el aprovechamiento exigida legalmente. Esta parece ser la línea en la STS 13 de julio de 1996 (RJ 5584), que exige para que una comunidad ordinaria por cuotas sobre un edificio se transforme en régimen de propiedad horizontal que el acceso a las unidades resultantes de la división ha de ser propio y directo.

obligatoriamente, continuidad física, siempre que tenga unidad funcional[460]. Los tipos de aprovechamientos pueden ser muy distintos, no viniendo acotados por la expresión "pisos y locales", que, frecuentemente, utiliza el legislador, pueden ser de distintas clases: viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas, locales comerciales, garajes, etc., así resulta de la enumeración contenida en los arts. 45 y 53.a), del RD 1093/1997.

En cuanto a la descripción de los elementos privativos, el art. 5 LPH exige, respecto a cada piso o local, la expresión de su extensión, linderos, planta en que se hallaren, el número correlativo y la cuota de participación.

Por lo que se refiere a su extensión, lo que importa, a efectos registrales, es la del propio piso de puertas para adentro, es decir, la superficie útil[461], sin perjuicio que se pueda añadir la superficie construida[462], pero sin que ésta sea suficiente. En este apartado es aconsejable que se fije la superficie correspondiente a patios o terrazas, especificando si su disfrute se produce por tratarse de una propiedad aneja al piso, o como consecuencia de la concesión de un derecho de uso exclusivo sobre un elemento común.

El artículo 13.2 de la Ley de consumidores y usuarios, establece que "(...) en el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la

---

[460] En este sentido cfr. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario,* tomo I, op. cit., pág. 791. También MARTÍN PÉREZ, J. J., "Comentario a la Disposición adicional única de la LPH", en op. cit., págs. 856,considera que el criterio básico para determinar si se cumple el requisito legal que permitirá constituir fincas singulares, objeto de propiedad separada, ha de ser la unidad funcional o de destino.

[461] Debe rechazarse la práctica habitual en los contratos de compraventa de viviendas en proceso de realización, consistente en expresar la superficie en términos aproximados. Esta forma de proceder es absolutamente rechazable, ya que, no puede el vendedor sacar ventaja de menciones vagas que suponen un incumplimiento de su obligación de informar, especialmente cuando la previa y preceptiva licencia de obras, que requiere, a su vez, de la presentación del oportuno proyecto, le permiten definir sin especiales dificultades la superficie de cada vivienda.

[462] La referencia a la superficie útil nos permite conocer, exactamente, las dimensiones de lo que adquirimos, ya que en los contratos, cuando simplemente se hace referencia a la superficie construida, es doctrina consolidada, la que incluye dentro de la expresión "superficie construida", la cuota de participación, que representa el porcentaje que corresponde a cada piso o local en relación con el inmueble y los elementos comunes, parte de la que no puede prescindirse en la transmisión de una vivienda incluida en régimen de propiedad horizontal, como claramente se deduce del artículo 396 CC y el artículo 3.5 LPH, declarando este último de forma inequívoca que cada propietario puede disponer libremente de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran, y consecuentemente con la norma citada del Código civil, que declara que las partes en copropiedad son anejo inseparable de la parte determinada privativa. Luego es indiscutible que con la transmisión de un piso, bajo la expresión "superficie construida", incluye el porcentaje que le corresponda en los elementos comunes, indispensables para el uso y disfrute del piso, y también la llamada superficie útil, o de aprovechamiento independiente y privativo (así lo apuntan las SSTS 2 de marzo de 1988 [RJ 1543], 7 de marzo de 1988 [RJ 1602], 12 diciembre de 1991 [RJ 8999], 27 de julio de 1992 [RJ 6459], SAP Granada de 4 octubre de 1995, la SAP de Jaén de 24 de septiembre de 1996 [AC 1832]).

que se defina en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquéllos a los que el usuario no tenga acceso directo". Si bien este precepto no menciona específicamente que el vendedor tenga que informar al comprador sobre la superficie de la vivienda, las características del inmueble donde se encuentra emplazada y sus servicios generales, cualquier duda que pueda albergarse al respecto desaparece tras la promulgación del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda. El artículo 4 de esta norma, trata de evitar el peligro que representa para el comprador de una vivienda en proyecto o en construcción, el que en el contrato sólo se especifiquen los metros cuadrados que ha de tener de una manera aproximada, así, en su número 3 establece que quienes realicen las actividades sujetas a este Real Decreto deberán tener a disposición del público y de las autoridades competentes, información sobre "descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios". También la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre la vivienda[463], como derivación de los principios veracidad y objetividad referidos a la venta de viviendas, reproduce la obligación de información en la oferta de sus dimensiones puntualizando, para evitar equívocos, que por superficie se entenderá la útil, de acuerdo con los criterios de medición que establezcan las normas de habitabilidad (art. 17).

En cuanto a los linderos, se expresarán con arreglo al art. 51 RH, es decir, por la derecha, izquierda y fondo, atendiendo a la entrada al propio piso. Dado que la finca no puede identificarse, hoy, con una superficie bidimensional, sino como una unidad de volumen físico tridimensional, las circunstancias descriptivas de los artículos 9 LH y 51 RH son, en todo necesarias, pero no siempre suficientes, por ello se impone la expresión de otros elementos descriptivos, exigencia que resulta obvia siempre que intervenga un volumen espacial como objeto negocial[464], de ahí, la necesidad de hacer referencia a la

[463] Pueden verse los comentarios a esta norma por MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., "Protección de la edificación y protección del consumidor: la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre la vivienda", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, págs. 69 y ss.

[464] Lo mismo ocurre en el derecho de superficie, donde además de las circunstancias generales, deberán reflejarse, entre otras, las características generales de la edificación y en el caso del derecho de vuelo, donde se han de indicar el número de plantas [*cfr*. art. 16.1.c), RH y art. 16.2 RH de acuerdo con el contenido anterior a la reforma operada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, pues parte de su contenido fue declarado nulo por la STS (sala 3ª) de 31 de enero de 2001 (RJ 1083), si bien, los argumentos esgrimidos por la misma, podrían ser reiterados en relación con el contenido actual]

planta en la que se halle el piso o local, siendo ésta designada en sentido ascendente, de abajo a arriba, y haciéndose constar si la primera planta se numera o recibe la denominación de planta baja. En el caso de tratarse de duplex que ocupen varias plantas, deberán especificarse todas ellas, determinando los elementos interiores de comunicación existentes[465]. No es necesario que en la descripción de los elementos privativos se detalle su distribución interior.

Consideramos, que de acuerdo con el artículo 51 RD 1093/1997, que regula la "*inscripción de títulos que tengan por objeto la obra declarada en construcción*[466]", y para evitar que quede en la lejanía del folio de la finca matriz, el dato de que el edifico está en construcción, dicha información también deberá reflejarse, pensamos, en los distintos folios filiales que se abran para acoger las distintas unidades privativas que componen el edificio constituido en propiedad horizontal[467]. Este precepto contempla la venta o gravamen de pisos o locales en situación de prehorizontalidad, es decir, todavía no terminados, permitiendo que sean objeto de inscripción, siempre que se inscriban con la descripción que resulte del Registro, es decir, como formando parte de un edificio en propiedad horizontal en construcción o solamente comenzado.

Otro requisito descriptivo del piso o local es la expresión del número correlativo, requisito no sólo exigido por el art. 5 LPH, sino también por el art. 8.4 LH, que añade que se escribirá en "letra". Aunque algún autor ha entendido que si no se expresa en el documento, lo añadirá el registrador, parece más adecuada su identificación en el título

[465] La expresión de la planta, no implica que el piso o local deba estar a un solo nivel. Puede, perfectamente estar constituido por un espacio a distintos niveles, si bien, deberán constituir un todo, para lo que deberán estar comunicados interiormente. Es el supuesto de pisos-duplex, locales con altillo o locales con sótano (VENTURA-TRAVESET, A., *Derecho de propiedad horizontal*, op. cit., págs. 242).

[466] El artículo 51 del RD 1093/1997, dispone lo siguiente, "cuando del Registro no constare la terminación de la obra nueva, los títulos que tengan por objeto el edificio o alguno de sus pisos o locales, se inscribirán con la descripción resultante del Registro, haciendo constar en la nota de despacho que la obra está pendiente de que se tome nota registral de su finalización, único medio de dar publicidad *erga omnes* del cumplimiento de lo prevenido en la licencia correspondiente".

[467] En los supuestos en que se hubiera constituido la propiedad horizontal sobre el edificio declarado en construcción, y con posterioridad se pretendiera consignar la terminación del edificio en el Registro, ésta tendrá que producirse mediante acta notarial de terminación de obra en que se protocolice el certificado de técnico competente acreditativo de que terminación se ha realizado conforme al proyecto para el que se obtuvo la licencia. Y el asiento adecuado para tal constancia registral, es la nota marginal en el folio general del edificio y notas marginales de referencia en cada uno de los folios de los pisos o locales, pues en todos ellos figurará que lo son de un edificio en construcción. Si bien el art. 47 RD 1093/1997, no es muy explícito, pues sólo alude, en singular, a "la nota al margen de la inscripción", es evidente que la claridad del Registro y la necesidad de hacer concordar las descripciones de cada uno de los pisos y locales, exige, en este sentido, hacer constar por nota marginal de referencia la terminación del edificio en todos los folios, y no únicamente en el general del inmueble (en este sentido vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", en op. cit., pág. 486).

constitutivo, tal como exige el art. 5 LPH. En cualquier caso, se ha considerado de poca utilidad la fijación del número, siendo considerada como una pobre situación individualizadora, sujeta a variaciones y expuesta a complicaciones extraordinarias, especialmente en los casos en que surjan nuevos pisos por segregación o división o por elevación de plantas[468].

D) Anejos.

En cuanto a los anejos, se trata de elementos accesorios de carácter privativo que forman parte integrante e inseparable del propio piso o local, y que se caracterizan, además, por estar situados fuera de sus linderos, que es inscribible en el folio registral abierto al elemento privativo como parte integrante del mismo. Es por ello, que se ha dicho[469] que la finca especial constituida por el elemento privativo, juntamente con sus anejos, constituye registralmente una finca discontinúa. El artículo 5 LPH, cita como anejos, el garaje, la buhardilla[470] y los sótanos, pero la lista es abierta y caben otros supuestos. Ello aparte, de que esos tres elementos pueden ser configurados[471] como

[468] En este sentido, vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., "El título constitutivo de la propiedad horizontal", en op. cit., págs. 478 a 480.

[469] Es el caso de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., "El título constitutivo de la propiedad horizontal", en op. cit., págs. 474 a 478.

[470] Las buhardillas, u otros espacios semejantes comprendidos entre el último piso y la cubierta se presentan, normalmente ante el comprador del citado último piso, como algo ventajoso, dada la extensión a ganar que pueden suponer. Sin embargo, tal ventaja, en numerosas ocasiones, no es más que mera apariencia, en cuanto que la confusa situación jurídica en que, a veces, se encuentran esos espacios constituye un obstáculo, fuente de problemas, que hace que el inicial beneficio que se atisbaba se desvanezca. Así los espacios bajo cubierta pueden configurarse como anejos, como elementos privativos independientes, también pueden aparecer como elementos comunes, o incluso como elementos comunes de uso exclusivo para un propietario. Sobre este tema vid. MAYOR DEL HOYO, M.ª V., "Acerca del régimen jurídico de los espacios comprendidos entre el último piso y la cubierta" en *Actualidad Civil*, 2000, referencia XXXVIII.

[471] Respecto a la configuración jurídica de los garajes, éstos admiten distintas posibilidades:

1) Configuración como elementos procomunales, por decisión del constituyente de la propiedad horizontal o unanimidad de los propietarios en el título constitutivo. Los garajes se pueden configurar como elementos comunes por destino, con la consecuencia de que esos aparcamientos no podrían negociarse de forma independiente, sólo con el elemento privativo. Además se podría establecer un turno rotativo en el uso de la plaza.

2) Anejos: la posibilidad de que en el título constitutivo la plaza de garaje se vincule a un piso independiente como anejo inseparable, luego, sin asignarle cuota de participación propia, y constando en el mismo folio registral que el elemento privativo del que forma parte.

3) Constituir el aparcamiento como elemento independiente dentro de una propiedad horizontal (finca registral independiente, todo el local destinado a aparcamiento). Esta posibilidad admite, a su vez, varias posibilidades:

3.1.- Ese elemento independiente, que es el total del local destinado a garaje, puede pertenecer a una pluralidad de titulares en régimen de comunidad ordinaria (se regiría por los artículos 392 y siguientes del Código civil), cada propietario podría enajenar su cuota, pero no una plaza concreta, porque no tiene plaza.

3.2.- La pluralidad de titulares podría ser una "comunidad funcional organizada independiente" (RDGRN 18-5-1983); es decir, es la posibilidad de que en esta comunidad funcional se excluya la acción de división y el derecho de adquisición preferente en caso de enajenación de cuota. En la Resolución citada, la Dirección General entendió que tenía razón de ser suficiente.

elementos privativos independientes, y no como anejos, e incluso aunque no es frecuente, como elementos comunes, todo dependerá del título constitutivo. Pero, si no se especifican, se entenderán como elementos comunes.

Cabe que el anejo sea un determinado espacio o bien una cuota indivisa del mismo, que pertenezca en proindiviso a varios pisos. E incluso, es posible configurar como anejo el uso exclusivo de una terraza o patio que sean elementos comunes de la comunidad[472]. La identificación de los anejos debería realizarse describiendo, al menos, su situación, superficie y linderos, ya que no hay razón para darle un trato distinto respecto al que preveía el art. 68 RH, para la cuota indivisa de local destinada a garaje a la que se le asigna el uso y disfrute exclusivo de una determinada plaza.

Al tratarse de elementos accesorios del piso o local, no caben negocios jurídicos exclusivos sobre el anejo, ni sobre el piso sin incluir el anejo, ni cabe asignarles cuota. No obstante, con el consentimiento unánime de la comunidad, cabe desvincular un anejo y convertirlo en piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, siempre que reúna las características necesarias para ello.

3.3.- Esa pluralidad de propietarios, además de tener una cuota, podría tener asignado el uso y disfrute exclusivo de una determinada plaza, es lo que preveía el artículo 68 RH (en la reforma por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre), que exigía que se hiciese una descripción pormenorizada de la plaza de garaje, número de orden, linderos, descripción de elementos comunes... Este artículo 68 RH, parte de su contenido ha sido declarado nulo por la Sala de lo Contencioso-Administrativo STS 31-1-2001 (RJ 1083), porque se considera que esa exigencia de plano para su incorporación al Registro de la Propiedad, carecía de rango legal. A pesar de lo anterior, se sigue utilizando este sistema que contenía el derogado art. 68 RH, pues se encuentra amparo legal para ello en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de acompañamiento de los presupuestos, Disposición Adicional 28, que prevé la utilización de bases gráficas. También el artículo 53. b), del RD 1093/1997, de 4 de julio, prevé unos principios muy similares a los contemplados por el derogado precepto reglamentario, como es la descripción pormenorizada. Esta descripción pormenorizada la debe realizar el promotor, o bien, la totalidad de los propietarios de la comunidad.

3.4.- Cabe la posibilidad, según la técnica del triple folio, de que ese local de garajes, sea a su vez, un edificio independiente dentro de otro edificio, dividido en propiedad horizontal. Acogiéndose a la posibilidad de configuración como un complejo inmobiliario del artículo 24 LPH.

Sobre este tema puede verse ARNAÍZ EGUREN, R., *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid, 1993.

[472] Así, se puede hablar de muchas clases de anejos: en función de la potestad jurídica que se tenga sobre los anejos, éstos pueden serlo en propiedad o se puede tener sobre ellos derechos reales limitados (normalmente de uso). En función de su configuración, los anejos de un elemento privativo pueden ser otros elementos privativos (en cuyo caso, habrá que sumar las cuotas para saber cuál es la cuota global de la entidad), parte de otros elementos privativos (como ocurre en los garajes), o elementos generales incluidos en el edificio, pero no en las descripciones de las otras entidades independientes. Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., y J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, op. cit., págs. 75 a 77.

E) Cuota de participación.

Señala el artículo 5 LPH, en su segundo párrafo, que "en el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local". La cuota de participación constituye un resto, según GÓMEZ MARTÍNEZ[473], de la preexistente comunidad o condominio romano que había sobre el inmueble, y que permanece tras la división horizontal del mismo. Su primera manifestación o consecuencia es que representa la parte de copropiedad que cada propietario de los elementos privativos conserva sobre los elementos comunes y, muy especialmente, sobre el solar. Pero desde un punto de vista de organización interna y práctico, la cuota representa la parte de los gastos comunes que cada propietario va a tener que sufragar, con las limitaciones y desviaciones que, luego, puedan establecerse en los estatutos. Sin embargo, no vamos a entrar en cuestiones como la utilidad y las funciones que desempeña.

III.- DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA Y SEGUROS OBLIGATORIOS EN LA EDIFICACIÓN.

El artículo 22 de la Ley del suelo 6/1998, de 13 de abril, completado por los artículos 46 y 47 del RD 1093/1997, partiendo de la distinción entre declaración de obra nueva terminada y comenzada, establece que en ambos casos deberá aportarse la licencia de obras. Si la obra está terminada, el técnico competente certificará que la obra ya finalizada se acomoda al proyecto para el que se concedió la licencia. Si la obra se halla en construcción, el técnico certificará que la obra que se describe en la declaración notarial, coincide con aquella que se detalla en el proyecto para el que se concedió la licencia; más tarde, el propietario deberá hacer constar la finalización mediante acta notarial que incorporará la certificación de que la obra ha finalizado y que es conforme al proyecto aprobado.

Con la regulación introducida por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, el legislador ha querido subordinar la autorización e inscripción de escrituras de declaración de obra nueva a un requisito suplementario, ajeno al control de legalidad urbanística. Así, el art. 20.1 LOE, establece que "no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra

[473] Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., y J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, op. cit., págs. 78-79.

nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el art. 19".

Ahora bien, tal y como establece CARRASCO PERERA[474], es dudoso en qué medida haya sido procedente esta innovación, pues, a diferencia de lo que ocurre con la licencia urbanística y con el certificado de técnico competente, cuya concurrencia acredita la legalidad de la declaración de obra nueva, no existe una relación semejante entre el seguro y la declaración de obra nueva. El seguro no pertenece a la estructura dispositiva civil del acto de declaración ni tampoco es un mecanismo de control de su legalidad urbanística o de su sometimiento a las reglas de calidad exigibles.

1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.

El artículo 20.1 LOE debemos completarlo con lo que establece la Disposición Transitoria Primera, según la cual, la LOE sólo se aplicará a las obras de nueva construcción y a las obras en los edificios existentes para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación a partir de su entrada en vigor[475], que tuvo lugar el día 6 de mayo de 2000 (Disposición Final Cuarta). En consecuencia, dicha Ley no es aplicable a las escrituras que se autoricen después de la entrada en vigor de la LOE, referentes a edificaciones para cuyo proyecto se solicitó la pertinente licencia antes de su entrada en vigor (cualquiera que sea la fecha en que se concedió la misma por el órgano pertinente).

Por otro lado, hay que tener en cuenta la Disposición Adicional Segunda, en virtud de la cual la obligación recogida en el artículo 20 sólo es exigible para edificios cuyo destino principal sea vivienda y referente al seguro de daños o caución para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que comprometan la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

---

[474] CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 20 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 448.

[475] Mencionar que el precepto no será aplicable a las escrituras de división horizontal o a sus modificaciones, por más que estas modificaciones afecten o diverjan, de manera sustancial, de las unidades registrales especificadas en las declaraciones de obra nueva, es decir, no se aplicará a las modificaciones registrales a que se refiere el artículo 53.a) del RD 1093/1997, de 4 de julio, aunque se requiera una nueva licencia. En este sentido vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 20 de la LOE", en op. cit., pág. 447.

De los tres tipos de seguros que contempla el artículo 19, el seguro decenal es el único que será exigible, para los edificios cuyo destino primordial sea el de vivienda, a diferencia del seguro por defectos de habitabilidad y defectos de acabado, cuya obligatoriedad se deberá establecer por Real Decreto, teniendo en cuenta las circunstancias del sector de la edificación y del sector de seguros. También se prevé para edificios destinados a uso distinto del de vivienda, la posibilidad de establecer, mediante Real Decreto, la obligatoriedad de suscripción de los seguros. El problema es, que si no se implantan estos seguros en el mercado, el sistema de la LOE supondrá, ciertamente, una regresión con respecto a la cobertura del art. 1591 CC, con respecto a algunos daños. En este sentido, se ha apuntado que el hecho de reducir el plazo de garantía de los requisitos de habitabilidad, tiene como contrapartida, la posible existencia de un seguro de daños materiales o caución, situación más beneficiosa para el consumidor, si bien debe aceptarse la regresión, si finalmente este seguro no se implanta en el mercado, ya sea de forma obligatoria o voluntaria.

A pesar del poco tiempo de vida de la Ley de ordenación de la edificación, de 5 de noviembre de 1999, que entró en vigor el 6 de mayo de 2000, han surgido múltiples cuestiones que se han venido resolviendo en la práctica. La primera fue la Consulta a la DGRN por la Asociación de Promotores y Constructores de España de 20 de marzo de 2000, que determinó la exigencia del seguro decenal, únicamente, para viviendas cuya construcción estuviese terminada y siempre que la licencia se hubiese solicitado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Luego vino la reforma por la Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos para 2003[476], que en su artículo 105, reformó la LOE, excluyendo de la misma al

[476] El artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre (BOE, núm. 313, 31 de diciembre de 2002), de medidas fiscales, administrativas y del orden social, establece una modificación a la Disposición adicional segunda de la LOE, que queda redactada de la siguiente forma: "Disposición adicional segunda. Obligatoriedad de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción. Uno. La garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. *No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión inter vivos dentro del plazo previsto en la letra a) del artículo 17.1 el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión inter vivos sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma. Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva*

autopromotor que justificase el destino a vivienda y no transmitiese en el plazo de diez años la misma. Estableciéndose, en ese mismo precepto, que tampoco sería exigible el seguro decenal en los supuestos de rehabilitación[477] cuando se trate de edificios cuya "licencia de nueva construcción" se hubiese solicitado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1999.

Y por último, debido a la RDGRN de 8 de febrero de 2003 (RJ 2606), queda por abordar la cuestión de determinar a qué supuestos de viviendas[478] se aplica. El fondo del asunto sobre el que se pronuncia el Centro Directivo, en la mencionada resolución, es determinar si las garantías exigidas en el art. 19 LOE, en la medida en que actualmente las declara aplicables su Disposición Adicional Segunda, han de constituirse en el caso de un edificio cuyo destino sea el de residencia geriátrica.

Uno de los objetivo de la LOE es garantizar a los propietarios de todas las modalidades de edificaciones sujetas a su ámbito de aplicación, sea el promotor original o el adquirente posterior de todo o parte de lo edificado, frente a una serie de daños de diverso tipo, a través de la obligación que impone de contratar seguros que los cubran, en determinadas condiciones. De momento, esta obligación aparece restringida por la Disposición Adicional Segunda, en un doble sentido: de un lado, en cuanto al tipo de daños a asegurar, al limitarlos a los previstos en el apartado c), del art. 19.1; y de otro, en cuanto al tipo de construcciones, al exigirlo tan sólo para aquellas cuyo destino principal sea el de vivienda. Realizando un rápido repaso por el articulado de la LOE, nos encontramos que el término "vivienda" solo es utilizado en la Disposición Adicional Segunda, mientras que el articulado de la Ley, se refiere a "usuarios", "uso principal", "residencial en todas sus formas", y "carácter residencial".

---

construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley. Dos. Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Así mismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda". Los párrafos en cursiva corresponden a la nueva regulación.

[477] Vid. TORMO SANTONJA, M., "Consulta y resolución por la Comisión de Calificación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España sobre la exigencia del seguro decenal previsto en la Ley de ordenación de la edificación para los supuestos de rehabilitación desde la reforma por la Ley 53/2002 de acompañamiento", en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 105, marzo-abril 2003, págs. 29-35.

[478] La presente Resolución revoca, calladamente, la RDGRN de 24 de mayo de 2001, que había respondido positivamente a una consulta de la empresa Mapfre Industrial, S. A., sobre si era exigible seguro decenal del art. 19.1.c) y DA 2ª LOE, para edificaciones destinadas a residencias geriátricas.

Así, la Exposición de Motivos y el art. 1.1 LOE, se refieren a las garantías para proteger al usuario y a sus intereses. Por otro lado, el artículo 2 LOE, al determinar el ámbito de aplicación, habla de "uso principal", y "usos", incluyendo su apartado 1, letra a), el "residencial en todas sus formas"; y en su apartado 2, al definir el concepto de edificación, sólo excluye las que no tengan "carácter residencial ni público". Además el art. 19 LOE, en materia de garantías, remite a "las obras de edificación comprendidas en el artículo 2 de la Ley". Y por último, la Disposición Adicional Segunda, establece que las garantías del artículo 19.1.c), sólo serán exigibles para "edificios cuyo destino principal sea el de vivienda", añadiendo su apartado segundo, que mediante Real Decreto se puede establecer la obligación de suscribir las garantías del artículo 19 para "edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda".

De lo anterior podemos deducir, que si la misma Ley, a lo largo de su articulado, no ha utilizado hasta ese momento el término "vivienda", sino que se ha referido a los usos de las edificaciones, en especial en su art. 2 al establecer su ámbito de aplicación, donde se clasifican estos usos, en tres grupos, en uno de los cuales, se enumeran el administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural; parece evidente que cuando la mencionada Disposición Adicional se refiere a que el destino principal sea el de vivienda, esa variación terminológica ha de tener algún significado. Para encontrar tal significado, pasamos a analizar la RDGRN de 8 de febrero de 2003.

Según el criterio del registrador, que denegó la inscripción del acta notarial de finalización de la obra (cfr. art. 47 RD 1093/1997), era condición de la inscripción que el edificio contase con el seguro decenal de los artículos 19.1.c) y 20.1 LOE, lo que se constituía como defecto subsanable. A juicio del registrador, las personas ingresadas en residencias de la tercera edad "viven" en ellas en un sentido fáctico indudable, aunque la residencia no constituya su morada familiar y aunque la prestación habitacional concurra con otras prestaciones asistenciales prestadas por la empresa titular del establecimiento.

Según la entidad otorgante del documento a inscribir, un centro geriátrico no tiene como destino principal la vivienda, concepto que debería entenderse en el sentido del artículo 47 CE, como centro vital permanente. Además, la persona alojada en tales centros, no es un adquirente de derechos de propiedad sobre unidades registrales, derivadas de la obra nueva, por lo que no merecía la condición de asegurado, conforme al art. 19.2.a) LOE.

Los argumentos utilizados por el Centro Directivo sobre el significado del vocablo "vivienda", después de remitirnos a la legislación de arrendamientos urbanos, viviendas de protección oficial, y propiedad horizontal, concluye que el término "vivienda", a efectos de la LOE, debe entenderse en el sentido del derecho de intimidad y requiere una vida familiar asentada en una sede permanente, que falta en el tipo de habitabilidad que una persona ingresada desarrolla en una residencia geriátrica. Como segundo argumento, la Dirección General exige que el habitador disponga de un título dominical sobre el espacio que se convierte en su morada. Finalmente, se destaca la profunda diferencia que existe entre la persona que invierte sus ingresos en adquirir una vivienda y la inversión industrial que supone la construcción con ánimo de lucro de una residencia de ancianos.

El Centro Directivo de notarios y registradores acaba considerando, acertadamente, que una residencia geriátrica no está sujeta al seguro de responsabilidad decenal exigido por la LOE. Lo cierto, es que es difícil imaginar qué tipo de razonamiento llevó al registrador a la idea de que el anciano que habita en la residencia puede ser asegurado en el sentido de la LOE. El artículo 19.2.a), lo afirma con claridad[479]: asegurado, sólo puede serlo el titular de un derecho de propiedad, originario o derivado, sobre el inmueble. Por otra parte, el seguro de daños o caución tienen por objeto indemnizar los daños materiales causados por el vicio. El resarcimiento adopta la forma típica de una reconstrucción (vid. art. 19.6 LOE). Luego el interés cubierto por el seguro es el interés dominical sobre la sustancia de la cosa corporal y el daño no es, propiamente, el colapso del inmueble, sino el coste de su reconstrucción. Los seguros de la LOE no son seguros de responsabilidad civil universal, que alcancen cobertura de daños corporales o de daños inmateriales sufridos por quien posee el interés asegurado por cualquier título. No son seguros que garanticen la responsabilidad civil contractual en que puede incurrir el promotor inmobiliario con su arrendatario o huésped. Si el anciano o el estudiante residente o el arrendatario pudieran ser considerados como asegurados, a efectos de la LOE, el seguro sería nulo, por falta de interés cubierto, pues ninguno de ellos ha perdido la propiedad de una cosa, ni tiene que acometer su refacción; sólo han perdido la utilidad del uso, en su caso, y el daño de

[479] Hemos seguido el agudo comentario sobre este Resolución de CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2003 (RJ 2606)", en *CCJC*, núm. 62, mayo-septiembre 2003, págs. 705-706.

semejante privación de utilidad es manifiestamente un daño no cubierto por el seguro decenal[480].

2.- LAS FUNCIONES NOTARIAL Y REGISTRAL EN LA FORMALIZACION E INSCRIPCIÓN DE LAS ESCRITURAS DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. EL ARTÍCULO 20.1 DE LA LOE.

La efectividad del cuadro de garantías requiere un sistema de control que asegure la efectividad de las mismas. Este sistema de control va a depender de la forma de garantía que se haya adoptado, en este sentido la LOE ha optado por encomendar la prestación de garantías a un tercero ajeno, en principio, al proceso constructivo, cuyas relaciones con el agente obligado a costear la garantía y con los destinatarios de la misma van a ser esencialmente contractuales. Al revestir la garantía forma contractual, el control de la Ley se va a centrar, por un lado, en la verificación de su existencia y, de otro, en determinar las reacciones que el ordenamiento jurídico va a establecer para el caso de su incumplimiento. La vigilancia del cumplimiento de esta obligación discurre en la LOE por un doble cauce:

a) Se establece un control preventivo a través de la intervención de determinados operadores jurídicos (notarios y registradores) que van a impedir la incorporación al tráfico jurídico inmobiliario de aquellas edificaciones que no cumplan los requisitos que en materia de garantías establece la LOE. Este control lo recoge explícitamente su artículo 20.

b) Al mismo tiempo, la Ley contiene un sistema de control sancionador que penaliza el incumplimiento de la obligación de garantizar. La reacción, en forma de sanción que impone la LOE consiste, fundamentalmente, en la alteración del cuadro de responsabilidades previsto, en perjuicio del agente que ha incumplido la obligación. En este sentido, el artículo 19.7, establece que “el incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías”.

---

[480] A pesar de la Resolución que comentamos, se ha seguido planteando la duda de su aplicación a hoteles, residencias de estudiantes, residencias de tercera edad, hospitales, etc., en este sentido, podría adoptarse como criterio, por lo menos en Cataluña, determinante de la exigencia del seguro decenal, el hecho de tratarse de viviendas sujetas a la obtención de cedula de habitabilidad, como resulta, entre otras, del artículo 2, párrafo 2, de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda, cuando define la vivienda como la construcción que debe quedar amparada por una cédula de habitabilidad, otorgada de acuerdo con los requisitos que describe la Ley. En este sentido vid. TORMO SANTONJA, M., “Posible interpretación en Cataluña de la aplicación de la Ley de ordenación de la edificación, desde la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2003”, en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 105, marzo-abril 2003, pág. 37.

A) Control preventivo en la acreditación de las garantías y su verificación.

La LOE tiende a promover la calidad de la edificación y a evitar las consecuencias perjudiciales derivadas de la falta de aquélla en la construcción. Al mismo tiempo, quiere proporcionar una especial protección al adquirente y usuario de inmuebles que son los destinatarios finales del tráfico inmobiliario. Las garantías, que la Ley establece, tienden a evitar que las resultas de la falta de calidad de las edificaciones repercuta directamente sobre aquéllos, mediante un sistema que hace soportar el coste económico de la reparación de los daños en determinados agentes mediadores del tráfico inmobiliario. Al mismo tiempo, la Ley articula un sistema preventivo que evita la entrada en dicho mercado de aquellas unidades inmobiliarias cuya presumible calidad no se halle respaldada por las correspondientes garantías. Esta labor se encomienda a dos de los operadores jurídicos distintos y complementarios, que proporcionan certidumbre a la circulación inmobiliaria: los notarios y los registradores de la propiedad[481]. El notario, autorizante en la relación de parte o parte, dada su función de garante de la veracidad de las transacciones inmobiliarias. Y el registrador de la propiedad, en la relación de terceros, en su función de garante de la legalidad de las transacciones inmobiliarias. De aquí se desprende que a los notarios y registradores se les encomienda una función tuitiva o de control del cumplimiento de la Ley, de modo que deben abstenerse de su actuación profesional si no se les acredita la constitución de las garantías previstas en el artículo 19 LOE y, en definitiva, la efectividad del cumplimiento de la obligación derivada de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación

En cuanto a la función de control que deben desempeñar notarios y registradores, cabe distinguir, por un lado, en qué momento del proceso constructivo va a ser activada esta función. Se trata de fijar en qué momento el edificio existe para que pueda ser efectivo el seguro sobre el mismo (la inexistencia de la cosa asegurada acarrearía la nulidad del

[481] En este sentido, vid. GARCÍA CONESA, A., "Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 8/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 57, febrero 2000, pág. 344. En igual sentido PARDO NÚÑEZ, C. R., "Un nuevo seguro obligatorio. Comentario del artículo 19 LOE", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 90, 2000, pág. 216. JIMÉNEZ CLAR, A. J., "El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la edificación", en *RdP*, núm. 6, 2001-1, pág. 30; GARCÍA MÁS, F. J., y MARTÍN VIDAL, J. A., "Breves comentarios a la Ley 38/19999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación", en *RCDI*, núm. 664, marzo-abril 2001, pág. 669. También GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 497; vid. igualmente, SIFRE PUIG, R. F., "Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, en relación con la constitución de garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad", en *RCDI*, núm. 669, enero-febrero 2002, pág. 156.

contrato de seguro) y, que ya es apto para ser puesto en circulación en el tráfico inmobiliario.

En segundo lugar, se trata de determinar cuál es la forma de comprobación de las garantías. Al respecto, caben dos alternativas: entender que notarios y registradores únicamente deben hacer constar la existencia del documento que incorpora el seguro mediante su testimonio o reseña; o, por el contrario, ir más allá y verificar que dicho documento cumple los requerimientos que la Ley establece.

a) Momento en que se debe acreditar la constitución de las garantías.

Sobre esta cuestión, el legislador tenía las siguientes opciones: entender que la obligación de prestar las garantías nace en el momento en que se produce la constatación jurídica de la existencia de la obra, o bien, esperar a la comprobación jurídica de su terminación o, por el contrario, hacer coincidir la entrada en vigor de las garantías con el instante en que la titularidad de edificio o, de parte del mismo, pasa a terceros adquirentes, que son aquellos a los que la Ley tiende a proteger. El iter legislativo de la LOE refleja las oscilaciones que se han sufrido acerca de esta cuestión.

a´) Cuando la titularidad del edificio o parte del mismo pasa a terceros adquirentes.

El proyecto del Gobierno[482], establecía en su articulo 20.1, que "no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de primera transmisión *inter vivos* o de adjudicación voluntaria de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite o testimonie en la escritura correspondiente la constitución de las garantías previstas en el art. 19 de esta Ley". De lo anterior, resulta que el momento de comprobación de las garantías se fijaba cuando se produjera la primera transmisión de las edificaciones[483].

Pero en el Senado se modificó el texto original y se impuso la obligación respecto de las declaraciones de obra nueva. Con ocasión de este cambio, la doctrina consideró que el legislador había sobrevalorado los efectos civiles de las declaraciones de obra nueva, ya que no es lo mismo subordinar la transmisión de la propiedad de la vivienda a que conste

[482] Proyecto de Ley 121/000163 Ordenación de la Edificación, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie A, 15 de marzo de 1999.

[483] Esto es lo que hace el articulo 15, de la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre la vivienda.

la existencia de seguro, que subordinar a este hecho la declaración de obra nueva. Ésta última no produce efectos civiles atributivos de la propiedad de lo edificado, ni condiciona la validez de los contratos transmisivos sobre viviendas terminadas o en construcción. Es por ello, que la LOE no ha construido un mecanismo mediante el cual se garantice la constancia de este seguro, precisamente, en el momento en que se celebra el contrato de adquisición de la vivienda o local, que es el acto jurídico del que se derivan derechos y obligaciones materiales[484].

b´) Cuando se declara la obra nueva en construcción.

De acuerdo con el contenido legal actualmente en vigor, y dado que el artículo 20 LOE no distingue, a diferencia de la legislación urbanística y registral, entre obra nueva en construcción y obra nueva terminada, se ha interpretado que el artículo 20 LOE se refiere a toda declaración de obra nueva, es decir, también comprende la declaración de obra nueva en construcción que se inscriba en el Registro.

Hay que decir que esta extensión del sistema a la obra en construcción, ha sido uno de los puntos más conflictivos de la Ley, porque una obra nueva se considera en construcción y, por tanto, puede declararse, siempre que haya empezado en sentido técnico, por poco que se haya hecho o se haya invertido; además, es el supuesto más frecuente, pues los constructores suelen hacer la declaración de obra nueva mucho antes de acabarla e incluso, de constituir el régimen de propiedad horizontal sobre ella, porque la necesitan para obtener créditos hipotecarios con los que financiar la construcción.

Es por ello, que si en el Registro de la Propiedad tiene entrada la declaración de obra nueva en construcción, el seguro debe preceder a esta escritura. Es decir, deberá haberse concertado el seguro antes de que las obras estén terminadas y recepcionadas y, no bastará con que se incorpore su acreditación al acta notarial de terminación de la obra (cfr. art. 47.1 RD 1093/1997). Lo anterior no significa que la cobertura del seguro haya debido entrar en vigor, precisamente, en la fecha de declaración de la obra nueva, pues el artículo 20.1 LOE no es una norma que se refiera a la efectividad del seguro, sino a su existencia como contrato. Tampoco impone el precepto citado que el seguro deba estar concertado al

[484] Vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 20 de la LOE", en op. cit., págs. 446-447.

inicio de las obras, sino que deber existir antes de que el propietario declare, si lo hace, la obra nueva en construcción o terminada[485].

Se han vertido muchos y muy variados argumentos a favor de esta interpretación extensiva, en este sentido, se ha considerado que lo que el legislador ha querido, ha sido presionar al promotor a concertar el seguro, pero bajo ningún punto de vista la concertación del seguro es una condición de validez civil o urbanística de la declaración de obra nueva, con la cual no tiene conexión funcional alguna. Prueba de ello, es que hasta la votación en el Senado, lo que se hacía depender del seguro no era esta declaración, sino la autorización de la escritura de transmisión intervivos de la vivienda.

Para apoyar esta idea, también se ha tenido en cuenta la interpretación literal de la Ley, la cual no hace distinción entre una u otra declaración de obra nueva, además, porque si la finalidad de la Ley, confesada en la Exposición de motivos, es evitar el fraude a los adquirentes, tampoco debe distinguirse, ya que la obra nueva en construcción también puede transmitirse y, el fraude puede ser aún mayor ante el peligro de que ni siquiera llegue a terminarse[486]. También queremos poner de manifiesto, que el propio art. 20.1 habla de "inscripción de escritura pública", y no de la nota marginal de las actas notariales que incorporen el correspondiente certificado de finalización de obra[487].

Por otro lado, es la declaración de obra nueva en construcción la que normalmente se practica, y la única que puede garantizar a los adquirentes posteriores que los seguros han sido concertados. Si bastara con concertar el seguro en el momento de la finalización

[485] Considera GARCÍA CONESA, que dado que el seguro despliega su eficacia durante diez años, desde la recepción sin reservas, o desde la subsanación de éstas y, que dicha recepción no tiene porque tener constancia registral, aunque siempre tenga lugar en la realidad extrarregistral, y que el promotor, de hecho, no esperará el día de la terminación de la obra para contratar el seguro, sino que lo suscribirá con anterioridad, cabe compatibilizar los momentos de perfección del contrato (en una fecha), con el inicio de la cobertura de los riesgos (en otra fecha), y que ya sea por pacto o, por la propia naturaleza de las cosas, que la exigencia de la prima coincida, no con la fecha de su perfección, sino con aquélla en que toma efecto la cobertura ("Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 8/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en op. cit., pág. 348).

[486] ÁVILA NAVARRO, P., "La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 59, abril 2000, pág. 823. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., "Requisitos para la escrituración e inscripción", en *Derecho de la edificación*, coordinador SALA SÁNCHEZ, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 333. A favor de esta interpretación, vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 95.

[487] También son partidarios de que la acreditación del contrato de seguro coincida con la declaración de la obra nueva en construcción, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 194-195; y GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación", en *RCDI*, núm. 661, septiembre-octubre 2000, pág. 2723.

de la obra, los adquirentes intermedios no podrían tener garantías ningunas de que tal seguro se constituirá por el promotor. Y éste tampoco tendría incentivos para hacerlo, pues conseguida la inscripción de la declaración de obra nueva en construcción, poco le afecta que no se pueda inscribir la finalización de la obra[488].

Por último, se debe estimar aplicable el articulo 20 a las obras nuevas en construcción, porque el obstáculo de la inexistencia del interés asegurado puede salvarse mediante la interpretación conjunta de los artículos 24 y 4 de la Ley de Contrato de Seguro, que excluye de la nulidad del contrato por inexistencia de riesgo, a aquellos casos en que la Ley así lo hubiera previsto, como ocurre con la LOE, que no hace ninguna distinción entre obras nuevas terminadas o en construcción, que permitan excluir a estas últimas de la obligación de asegurar. También, se podría añadir que la solución contraria supondría abrir una puerta falsa que permitiría el acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas en construcción y las subsiguientes transmisiones, sin la justificación de haberse contratado los seguros que la Ley de ordenación a la edificación establece con carácter imperativo.

Sin embargo, y a pesar de los argumentos esgrimidos, el aseguramiento de la obra nueva en construcción plantea obstáculos importantes, sobre todo, en la determinación de la suma asegurada y en la selección del riesgo a cubrir por el seguro. En estos supuestos, es difícilmente determinable el valor final de la construcción[489], a los efectos de fijar la prima del seguro, ni se puede comprobar la calidad del proceso constructivo.

Respecto a la necesidad del riesgo, como elemento esencial del seguro de daños, se plantea la cuestión de su existencia en las obras en construcción. En este caso, estima

---

[488] A favor de la interpretación extensiva del artículo 20.1 LOE, entre otros argumentos, estima GARCÍA CONESA, que hay que tener en cuenta que la venta, voluntaria o forzosa, de obra registralmente en construcción, es civilmente posible e inscribible, aunque del título resulte que está ya terminada, si bien el documento no es suficiente para reflejar la constancia del hecho de la terminación en los libros registrales. También sería inscribible la enajenación de una obra que registralmente está en construcción, pero físicamente está acabada. Vemos como existe una relación con el artículo 51 del RD 1093/1997, de 4 de julio, que después comentaremos (vid. "Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 8/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en op. cit., págs. 347 a 349).

[489] Requisito previo la contratación del seguro, es que el capital asegurado se fija en función del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, lo que no se sabe cuando la obra está sólo en construcción, por lo que se habrá de determinar el capital en función del único dato cierto: coste que figura en el proyecto visado, que sirvió de base para obtener la licencia de edificación y para liquidar la tasa. Y será muy frecuente que, al finalizar la obra, el coste real sea muy superior al presupuestario, debiendo de revisarse la póliza del seguro. En este sentido, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 497.

JÍMENEZ CLAR[490], que el objeto del interés asegurado, esto es, el edificio, no está perfectamente delimitado, ya que se halla en un proceso de formación, en el que no es sólo determinante el valor de los materiales empleados, sino también, el grado de pericia con que son utilizados. Se puede cuestionar, en estos supuestos, la validez del contrato de seguro no sólo por la inexistencia del objeto sobre el que recae el interés que se quiere asegurar, sino también, porque es difícil determinar exactamente el riesgo asegurado, en cuanto posibilidad de daño a un interés, que cuanto menos, se halla en proceso de formación. Por tanto, el interés asegurado presupone la existencia del objeto sobre el que recae la titularidad, circunstancia que no se produce en las obras nuevas en construcción meramente proyectadas.

Por otro lado, se alega que otro posible obstáculo que surge, es que en esos primeros momentos, las empresas de seguros difícilmente asegurarían la feliz terminación del edificio y su conservación durante diez años más sin vicios o defectos constructivos o, pedirán primas muy altas que encarecerían el proceso constructivo o, lo harían sólo a favor de los constructores que consideren más solventes o, harían sólo seguros provisionales que no cumplirían la exigencia legal. Además, se ha considerado que adelantar la exigencia temporal del seguro al momento de otorgar la escritura de declaración de obra nueva comenzada, anticipa los costes del seguro y, los agrava, al mantener abierto un contrato con una prima provisional que no garantiza, de hecho, riesgo alguno, pues la cobertura no se producirá hasta que la obra se haya recibido.

c´) Cuando se constata la terminación del edificio.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 2000, ha aclarado esta cuestión al resolver una consulta de la Asociación de Promotores y Constructores de España, que solicitaba que el artículo 20 LOE se aplicase únicamente a las obras nuevas terminadas.

Basaban su argumentación los consultantes, en las siguientes circunstancias: en primer lugar, en el hecho de que la declaración de obra nueva en construcción es potestativa, mientras que es obligatoria, en todos los casos, la declaración de obra nueva terminada; seguidamente se alegaba que el seguro de daños debe constituirse en el

[490] JIMÉNEZ CLAR, A. J., "El sistema de seguros de la Ley de ordenación de la edificación", en *RdP*, núm. 6, 2001-1, págs. 57-58.

momento de la terminación de la obra, ya que es, en ese momento, cuando existe un inmueble que puede sufrir un daño, antes de la finalización de la obra, lo único que es posible firmar es un contrato de promesa de aseguramiento que empiece en el momento de la recepción de la obra.

La respuesta del Centro Directivo se basa, entre otros argumentos, en el propio artículo 19.2.b), de la LOE, al indicar que "en las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción, cuando se prestan mediante un seguro de daños materiales, exige que la prima esté pagada en el momento de recepción de la obra", la cual, a su vez, exige la finalización de la obra en su totalidad o, al menos, en la fase completa realizada (art. 6.2.b). Lo anterior es coherente, ya que no se pueden asegurar los daños de un bien inexistente, que es lo que ocurre mientras no existe edificación. Por otro lado, el artículo 22 de la Ley del suelo de 13 de abril de 1998, establece como obligatoria la constancia registral de la finalización de la obra, ya que señala la obligación del propietario de hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de la obra ya mencionada. Además, la Disposición Adicional primera de la LOE, deja en vigor y actualiza, el sistema de garantía de las cantidades pagadas a cuenta del precio de la vivienda, durante su construcción, de acuerdo con la Ley 57\1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, sin exigir la suscripción de seguro de daños materiales alguno".

En base a lo anterior, el Centro Directivo resuelve lo siguiente: "que los notarios y registradores tan sólo exigirán la acreditación de la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19 LOE, al autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras".

No obstante, con respecto a la autorización e inscripción de escrituras de obra nueva en construcción, establece la Dirección General que, "si bien no se exigirá la prestación de las citadas garantías, se hará constar, al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá la exigencia de tales garantías".

Y por último, a los efectos de que los terceros tengan la mayor información posible de cómo se encuentra el edificio en relación con la garantías del artículo 19 LOE, establece que, "en la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás negocios

jurídicos sobre inmuebles en construcción, los notarios y registradores advertirán expresamente, y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas, a los efectos de los artículos 19 y 20.1 y disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre".

d´) Recapitulación.

Los promotores, por exigencias de la construcción, se ven obligados a recurrir al préstamo bancario para poder financiar ésta, por lo que suelen otorgar, desde el inicio, la declaración de obra nueva en construcción. Estimamos adecuado que no sea el otorgamiento de la escritura pública de adquisición de parte de la edificación, el que se subordine a la exigencia de la constitución del seguro, pues, normalmente, la escrituración de la adquisición tiene lugar cuando la vivienda se encuentra terminada, haciéndose coincidir con la entrega de llaves. Así, todo lo que suponga adelantar en el tiempo la acreditación de la constitución del seguro, será mas beneficioso para el adquirente, y consideramos que siempre, por las necesidades financieras de los promotores, será lo normal que se otorgue previamente la declaración de obra nueva a que se instrumenten en escritura pública las correspondientes enajenaciones.

En cuanto a la interpretación que debe hacerse del art. 20.1 LOE, de acuerdo con la RDGRN de 20 de marzo de 2000, es que la acreditación de las garantías sólo será exigible en las declaraciones de obra nueva terminadas y en las actas de finalización de obra. Con esta aclaración, el Centro Directivo intenta coordinar la exigencia del seguro con la finalización de la obra, sin embargo, la correspondencia entre ambas situaciones no es perfecta, ya que se puede producir una desviación entre el momento en que finaliza la obra y el momento de la recepción de la misma.

La circunstancia de que la obra ha finalizado, se hace constar mediante el certificado de final de obra, que es el documento expedido por el director de la obra y, que el artículo 12.3.e), LOE, incluye entre las obligaciones de éste. Por otro lado, el certificado de finalización de la obra es uno de los documentos que deben acompañar al acta de recepción de la misma. Por tanto, se trata de un documento previo a la recepción, que constata la terminación de la obra y su adecuación al proyecto aprobado y a la legislación urbanística aplicable a la edificación. En el mismo sentido el artículo 22 de la Ley del

suelo de 13 de abril de 1998, y el RD 1093/1997, de 4 de julio, que exigen, para el otorgamiento e inscripción de la declaración de obra nueva terminada o la conclusión de las comenzadas, certificación expedida por técnico competente acreditativa de que la obra ha finalizado y se ajusta al proyecto.

Lo que no exigen los preceptos que acabamos de mencionar, en ningún momento, es la acreditación de haberse suscrito el acta de recepción de la obra, que es el momento que la LOE[491] tiene presente como determinante de la entrada en vigor de la cobertura del seguro decenal. Recepción que si bien se produce siempre en la realidad extrarregistral, no tiene constancia registral.

Dada la escasa operatividad del mandato contenido en el artículo 47.1 del RD 1093/1997, de 4 de julio[492], unido a que la nota al margen no cumple, en sede del artículo 20.1 LOE, ninguna función equivalente a la que cumple en materia urbanística, ya que dicha nota marginal acredita a los terceros adquirentes que la obra se ha terminado, pero en el artículo 20 no serviría para acreditar que el seguro ha entrado en vigor, entre otras cosas, porque la nota al margen de finalización no constituye una acreditación registral de que se ha producido la recepción de la obra o, de que ésta ha tenido lugar sin reservas (arts. 6.5 y 17.1 LOE), consideramos que si lo que pretende la LOE es garantizar que las viviendas pasarán a manos de sus destinatarios con la plena seguridad de que el seguro ha sido debidamente contratado, será preciso que, en el momento en que se haga constar documentalmente el fin de la obra, se acredite que se ha producido la recepción de la misma sin reservas, que es la situación que la LOE contempla como inicio de la garantía decenal[493].

Así, a pesar de que la declaración de obra nueva terminada se puede hacer una vez que se tiene el certificado de finalización de la obra, con la LOE, el momento de esta constatación registral deberá retrasarse hasta la fecha de recepción de la obra. Otra razón

---

[491] Así se desprende del artículo 17.1, que fija la recepción de la obra como fecha de inicio para el cómputo de las responsabilidades que establece la LOE (anual, trienal y decenal); y del artículo 19.2.b), que prescribe que la prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. También la Instrucción de 11 de septiembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado establece, dentro del contenido mínimo del documento acreditativo del seguro, el plazo de vigencia, que será al menos de diez años a contar desde la fecha de recepción de obra.

[492] *"Cuando la obra se hubiere declarado e inscrito en construcción, (...) su finalización deberá hacerse constar por nota al margen de la inscripción. Dicha nota se practicará en virtud de acta notarial (...)"*.

[493] De igual forma se manifiesta CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 20 de la LOE", en op. cit., pág. 449.

para ello, la encontramos en ESCOLANO NAVARRO[494], que considera que para evitar fraudes, es preciso una correcta información al usuario o adquirente de viviendas sujetas a la LOE, así, los notarios, protagonistas en esta función, deberán utilizar los mecanismos a su alcance, debiendo hacer constar en las escrituras de declaración de obra nueva, la existencia de reservas no subsanadas, pues, hay que recordar que los seguros no cubren aquellos siniestros que tengan su origen en las reservas no subsanadas y reflejadas en una nueva acta de recepción (ex. art. 19.9.j, LOE). En caso contrario, puede constituirse una puerta falsa por donde el espíritu de la Ley se convierta en papel mojado, puesto que bastaría que un promotor poco escrupuloso se pusiera de acuerdo con un asegurador, igualmente poco escrupuloso en la emisión de pólizas, con lo que se estaría cumplimiento la Ley formalmente, pero formulándose reservas en el acta de recepción, de manera que en su día, cuando se produzca un auténtico siniestro y haya que poner en marcha las garantías, se enarbole el acta de recepción con las reservas allí realizadas, para que el asegurador no pague.

Por último, el art. 20.1 LOE, establecía que la constitución de las garantías debía realizarse en el momento en que se reflejase la declaración de obra nueva, especificando el Centro Directivo de notarios y registradores, que ese momento se demoraba hasta la terminación de la obra. El matiz introducido, nos parece que va a tener escasa relevancia en su aplicación práctica. Las compañías de seguros han manifestado que para cubrir los riesgos decenales obligatorios, es necesario un control técnico del proceso constructivo, desde su inicio. Esto es, el promotor debe contactar con la compañía antes de iniciar la edificación, a fin de que ésta, a través de un organismo de control aceptado, audite el total proceso constructivo. Esto significa que el contrato de seguro, debe estar suscrito por el promotor y la compañía aseguradora con anterioridad al inicio de los trabajos de construcción, si bien, la entrada en vigor y efectividad de las garantías de la póliza empiezan con la recepción. La razón es obvia, las aseguradoras necesitan auditar el proceso constructivo desde su inicio, a través de las Oficinas de Control, para evaluar los riesgos que se pretenden asegurar, por lo que, incluso la póliza inicialmente pactada puede no tener efectividad en momento alguno, si con posterioridad, el informe sobre la ejecución de la construcción es negativo y no admite subsanación. En definitiva, la

[494] ESCOLANO NAVARRO, J. J., "Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 35, julio-septiembre 2000, pág. 212.

suscripción de la póliza exige conocimiento del riesgo y seguimiento del proceso constructivo, desde su inicio, por lo que la emisión de la póliza se realizará, antes de iniciar la edificación, aunque su entrada en vigor empiece con la recepción de la obra[495].

b) Forma de acreditar el cumplimiento de las garantías.

En el proyecto de Ley de ordenación de la edificación, a efectos de controlar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 20, se consideraba que los operadores jurídicos podían optar por testimoniar las garantías, o bien, que se le acreditaran éstas. Sin embargo, el texto definitivo suprime la posibilidad de optar entre la acreditación y el testimonio, acumulándose ambas técnicas en una única medida de control: testimonio y acreditación.

Algunos autores, son de la opinión que la labor de control del notario debe limitarse, únicamente, al testimonio del documento en el que esté incorporado el seguro, uniendo a la matriz, el testimonio del documento del que resulte la garantía, sin más comprobaciones. A juicio de CARRASCO PERERA[496], la función de fe pública que desempeña el notario en este precepto de la LOE, es muy modesta, ya que el testimonio notarial no acredita la legitimación de las firmas, ni la identidad, capacidad o poder para obligarse por parte de los contrayentes del seguro. Como consecuencia de ello, entiende el autor, que el notario, una vez efectuadas las reservas y advertencias legales del artículo 194

[495] El sistema de garantías por defectos de la construcción se establece sobre la base de la existencia de pólizas de seguro decenal, nos encontramos con la exigencia, ineludible, por parte de la compañía de seguros, del control técnico, a fin de mantener bajo control los riesgos que se derivan de las fases del proceso, en las unidades de obra objeto de cobertura. El contrato de seguro establece la obligación de controlar las obras desde su inicio. La función de control que realizan estas entidades se desarrolla a lo largo del proceso constructivo, desde el inicio del mismo hasta la recepción de la obra. La vigilancia recaerá, fundamentalmente, sobre la verificación del proyecto y el control de ejecución y de ensayos. El control de calidad debe iniciarse antes del comienzo de la construcción, examinando la idoneidad técnica del proyecto, por lo que los proyectos deberán ser completos antes de empezar las obras, reduciendo lo más posible el margen de improvisación. En la práctica, lo que ocurre es que existirá desde el inicio de las obras, un preacuerdo entre el promotor y el asegurador, ya que éste último no asegurará el edificio si no ha hecho un seguimiento técnico de la construcción (examinando los medios técnicos y humanos de que dispone el promotor, elección de la Oficina Técnica de Control, arquitectos, constructor, etc.), es decir, si no cuenta con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asienta el edificio, la supervisión de la idoneidad del proyecto y el control de la ejecución material de la obra a través de verificaciones realizadas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. Vid. MERCHÁN GABALDÓN, F., *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación*, CIE DOSSAT 2000, Madrid, 2000, pág. 164. También JIMÉNEZ CLAR, A. J., "El sistema de seguros de la Ley de ordenación de la edificación", en op. cit., págs. 65-66. Igualmente ESCOLANO NAVARRO, J. J., "Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, ...", en op. cit., págs. 211-212 y 221-222.

[496] CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 20 de la LOE", en op. cit., pág. 450.

del Reglamento notarial, podrá autorizar la escritura, ya que el negocio que autoriza es la declaración de obra nueva y no el contrato de seguro.

Sin embargo, la Instrucción de 11 de septiembre de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en contestación a la consulta formulada por la Dirección General de Seguros sobre la forma de acreditar ante Notario y Registrador la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 20.1 LOE, ha establecido que la actuación de estos operadores jurídicos no se limita al testimonio del documento en que conste el seguro, sino que deben cerciorarse de que el contenido del documento se ajusta a lo establecido en el artículo 19 LOE, así como de la identidad de los contratantes. Pues, sólo una acreditación en la que el notario y el registrador verificaran el cumplimiento de unos requisitos mínimos, podría garantizar la perfección, validez y eficacia del contrato de seguro exigido por el legislador para cubrir los riesgos de la edificación.

La función de fiscalización de los notarios y registradores se articula a través de una doble vía: de una parte, se deberá exigir al otorgante de la escritura y éste lo presentará, el documento del que resulte la garantía, que deberá ser la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor; o bien, un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato o, el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato[497].

[497] La Instrucción establece, además, un contenido mínimo de la póliza para asegurarse de que ha sido contratada en las condiciones previstas por la Ley, debiendo expresarse, al menos, las siguientes circunstancias:

a) Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación:

1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.
2. Referencia catastral del solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.
3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita.
4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto.

b) Relativas al seguro:

1. Calificación y modalidad de seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor.
3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución.
4. Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha.
5. El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma.
6. La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral.
7. Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o el constructor de la edificación.

Hay que decir, que el obligado a prestar la garantía deberá acreditar la existencia de la misma. "Acreditar", supone probar la certeza o realidad de una cosa, en este caso el seguro. No se trata de recoger unas manifestaciones relativas a la existencia de la garantía, sino de una actividad de fiscalización, que deben desarrollar tanto notarios como registradores de la propiedad, pues el sistema de garantías elegido por la Ley, es el seguro obligatorio, que supone la existencia de un tipo contractual específico. En todo caso, el mandato del artículo 20.1 LOE tiene carácter imperativo ("no se autorizarán ni se inscribirán"), que aunque no afecta al negocio civil de la declaración de obra nueva, veda el acceso del edificio al trafico jurídico mediante la imposibilidad del cumplimiento de los requisitos habilitantes: la titulación auténtica y la publicidad oficial. La falta de garantía, no sólo impide la inscripción, sino que también veta el acceso a la titulación pública de la declaración de obra nueva, prohibiendo el otorgamiento de la correspondiente escritura.

Se plantea, en este punto, la cuestión de si el notario debe negar su intervención cuando no se acredite la constitución de la garantía o, por el contrario, puede obviar su acreditación haciendo las advertencias legales de acuerdo con lo previsto en el artículo 194 del Reglamento notarial. El artículo 154 del Reglamento notarial, impone a los notarios la obligación de denegar su función, cuando el acto o contrato sea en todo o en parte contrario a la Ley; y el artículo 20 LOE contiene un mandato que, aunque no afecta a la validez civil de la declaración de obra nueva, tiene carácter imperativo, por lo que parece que, en principio, el notario deberá denegar su intervención[498].

Parece abundar en esta solución la circunstancia de que la Resolución de 20 de marzo de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, distingue, claramente, cuando los notarios y registradores deben hacer las correspondientes advertencias legales, de aquellos casos en los que hay que exigir la acreditación de las garantías.

---

8. Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.

c) Relativas a la entidad aseguradora:

1. Identificación de la compañía o entidad aseguradora.
2. Autorización para operar en España.
3. Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.

[498] JIMÉNEZ CLAR, A. J., "El sistema de seguros de la Ley de ordenación de la edificación", en op. cit., pág. 40.

Por último, hay que tener en cuenta que la constitución de las garantías del artículo 19 LOE es un requisito *para* la inscripción, pero no *de* la inscripción. En consecuencia, las garantías no se han de reflejar en la inscripción[499]. Pero aunque no haya acta de inscripción de las garantías, es conveniente, en beneficio de los adquirentes y por razón de la posible responsabilidad del registrador, hacer referencia genérica en la inscripción a la justificación o acreditación de la constitución de las garantías exigidas por la LOE, sin detallar condiciones concretas de las garantías constituidas[500].

B) El control sancionador. La responsabilidad personal en caso de incumplimiento de la obligación de garantizar.

La LOE establece, para reforzar el sistema de seguros obligatorios previsto, una sanción civil: la responsabilidad personal del obligado a suscribirlo por su conducta omisiva. En este sentido, el artículo 19.7, establece que, "el incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicara, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías".

Esta responsabilidad personal, no ofrece demasiada problemática, en cuanto se refiere a promotores individuales, pero su aplicación no es tan sencilla cuando se trata de sociedades. En tal caso, ¿esta responsabilidad gravita, sobre el patrimonio social o sobre el administrador que deja de suscribir la garantía?[501]

---

[499] Explica GARCÍA CONESA, que el documento que acredita la perfección del contrato de seguro no es principal, es un documento accesorio, complementario, anterior, simultáneo o posterior en el tiempo, a la escritura. Si el contrato de obra que es el principal, no se inscribe por ser sólo un contrato, es lógico concluir que tampoco se inscriba el contrato de seguro que garantiza una buena consumación del referido contrato de obra. Concluyendo, no hay acta de inscripción ni del contrato de obra ni del seguro ("Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 8/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en op. cit., pág. 349).

[500] ÁVILA NAVARRO, P., "La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro", en op. cit., pág. 822; SIFRE PUIG, R. F., "Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación...", en op. cit., pág. 167 y CANALS SUÑÉ, A., "Mecánica en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, e Instrucción de 11 de septiembre de 2000 (BOE 21 de septiembre), de la DGRN", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 92, enero-febrero 2001, págs. 420 y ss.

[501] Sobre este tema, CARRASCO PERERA, destaca la impropiedad en la redacción de este precepto, ya que el responsable no está obligado a cumplir con su deber de responder, sino que responde del incumplimiento de un deber legal o contractual. Construye también el autor, una posible interpretación de la citada norma, mediante su relación con el articulo 17 LOE. En caso de incumplimiento de la obligación de asegurar, tanto constructor como promotor (según cual fuere el seguro omitido), siempre responderán solidariamente de los defectos a título personal, aunque la causa del defecto fuera imputable a otro agente de la edificación y no se den las condiciones de solidaridad del art. 17.3. Esta solidaridad, a su juicio, no tendría más alcance que el externo, frente al adquirente o beneficiario, ya que no se podría impedir la acción de

A responder esta cuestión iba dirigida la Enmienda núm. 129, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista[502], que propuso la siguiente redacción: "el incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personal y solidariamente al obligado a suscribir las garantías. Tanto al empresario individual como los administradores y apoderados y los que lo hubieran sido cuatro años antes". Conforme a esta propuesta, los que responderían, en el caso por el que nos preguntamos, serían los administradores, y no el patrimonio social.

Pero dado que la enmienda fue rechazada, es manifiesto que la interpretación anterior no puede ser la que corresponda, hoy, al texto legal. Dado que cuando se trate de sociedades, el obligado a constituir la garantía no es el socio, ni el administrador social, sino la sociedad promotora, es ésta la que debe responder personalmente, recayendo la sanción sobre su patrimonio social. En definitiva, la redacción del art. 19.7 LOE, no parece añadir ninguna garantía adicional para el adquirente en caso de incumplimiento del promotor, ya que basta el artículo 1911 CC, para recordar el principio de la responsabilidad patrimonial universal. Ahora bien, ello no implica que queden a salvo los gestores sociales, pues no vemos dificultad en que pudiera ser dirigida contra ellos la acción individual de responsabilidad, prevista en la legislación societaria, sobre la base de una gestión negligente[503].

C) Obra nueva terminada y omisión de las garantías del artículo 19 LOE.

Puede ocurrir que el promotor no otorgue o inscriba la declaración de obra nueva en construcción ni terminada. De hecho, no existe obligación alguna en este sentido y, el promotor sólo se sentiría compelido a ello cuando pretenda la constancia registral de la división horizontal o la financiación de la promoción por medio de un préstamo hipotecario con subrogación de los adquirentes. ¿Podría inscribirse la obra nueva cuando no se haya concertado el seguro, pero habiendo transcurrido los plazos de garantía del artículo 17 y de prescripción del artículo 18 de la LOE ?

---

regreso que al constructor o promotor le reconoce la Disposición Adicional 7ª, contra el causante real del defecto. Vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 19 de la LOE", en op. cit., pág. 380.

[502] Cfr. *BOCG*, de 21 de mayo de 1999, Serie A, núm. 163-9.

[503] En este sentido, vid. SEOANE PRADO, J., "Garantías por defectos en la construcción", en *Garantías y responsabilidad en la Ley de ordenación de la edificación*, por SEOANE PRADO, J., BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., y COBO PLATA, J. J., Sepin, Madrid, 2000, págs. 20-21. También MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de ordenación...*, op. cit., pág. 204.

Son escasas la manifestaciones que hemos encontrado sobre este tema, SIFRE PUIG[504] considera que si se acredita al notario o al registrador de la propiedad, bien la fecha de la recepción expresa de la obra nueva sin reservas y, en su caso, la subsanación documentada de éstas (arts. 6.5 y 17.1 LOE), o bien, la fecha de la recepción tácita de la obra (arts. 6.4 y 6.5 LOE), todo ello en forma fehaciente, podrá prescindirse de exigir que se les acredite la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, si en el momento de otorgarse la escritura de obra nueva o el acta de finalización de obra o, en el momento de practicarse el asiento registral, han transcurrido los plazos máximos de responsabilidad o garantía de diez años previsto en el artículo 17.1.a) LOE.

Dado que, de *lege ferenda*, se considera conveniente, a efectos notariales y registrales, que se establezca un plazo de caducidad de la omisión de la suscripción de las garantías del art. 19 LOE, nos parece aceptada la propuesta anterior, pudiendo ser el momento inicial, la fecha de terminación de la obra, acreditada por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a), del RD 1093/1997[505], por analogía con el artículo 1591 CC (que inicia el cómputo del plazo de garantía desde que se concluyó la construcción). Del mismo modo que el artículo 52.a), posibilita la formalización e inscribibilidad de las obras nuevas amparadas en dicho precepto, una vez transcurrido el plazo de prescripción de la posible infracción urbanística, por incumplimiento de los requisitos de la legalidad urbanística, no hay razón para que el legislador no prevea, a efectos notariales y registrales, un plazo de caducidad por la omisión de la suscripción de las garantías, que es un simple requisito administrativo y no de validez civil del acto ni del cumplimiento de la legalidad urbanística. Dicho plazo podría ser el de quince años de

[504] SIFRE PUIG, R. F., "Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, en relación con la constitución de garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad", en *RCDI*, núm. 669, enero-febrero 2002, págs. 184-185; también GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., "Control notarial y registral en edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 62, julio-agosto 2000, pág. 1524. Sobre este tema, CARRASCO PERERA (vid. "Comentario al artículo 20 de la LOE", en op. cit., pág. 453) reconoce que, si bien, lo primero que le asalta al intérprete es forzar una aplicación analógica del artículo 52 RD 1093/1997, sin embargo, considera este autor, que la analogía no procede, en primer lugar, porque el inicio del plazo de garantía del artículo 17.1 LOE no se produce con la finalización de la obra, sino con la recepción sin reservas. Pero aun cuando se acreditase la recepción, al registrador no le podría constar si el plazo de prescripción del artículo 18 se ha cumplido; al registrador no le queda constancia de cuándo se produjo la eventual manifestación del defecto o vicio de construcción, ni le consta si el plazo ha sido interrumpido por reclamación extrajudicial. A diferencia de lo que ocurre con los expedientes de disciplina urbanística, no existe la posibilidad de practicar un anotación preventiva en el Registro, cuyo contenido fuera anunciar la interposición de una demanda de responsabilidad.

[505] "*Podrán autorizarse notarialmente e inscribirse en el Registro de la propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurran los siguientes requisitos: a) Que se pruebe por Certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por Certificación Técnica o por Acta Notarial, la terminación de la obra en fecha determinada; (...)*".

prescripción de las acciones personales del artículo 1964 CC, o el de diez años, que es el plazo máximo de garantía establecido por el artículo 17.1.a) LOE, para los daños materiales previstos en el mismo; si bien, nos parece más coherente que se establezca este último plazo por razón de su fundamento teleológico. De esta forma, quedaría cubierta la falta de previsión legal existente a estos efectos.

3.- AUTOPROMOCIÓN Y SEGUROS OBLIGATORIOS.

Desde diciembre de 2002, ha desaparecido la obligación de aseguramiento para los autopromotores individuales[506]. Sin embargo, en el momento de publicación de la LOE, uno de los debates que originó fue, precisamente, si partiendo de la literalidad de su texto[507] se podía interpretar que el promotor de una edificación para uso o disfrute propio, o sea, el autopromotor individual, estaba sujeto a la obligación de concertar la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE.

[506] Dado que la nueva reforma alude expresamente al autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio, esto implica la extensión de los seguros obligatorios a la autopromoción colectiva que se realiza mediante cooperativas y comunidades de propietario. Según GONZÁLEZ TAUSZ, de esta manera, el autopromotor, como futuro usuario, se beneficia de la suscripción del seguro de daños, ya que existe un tercer patrimonio (el del asegurador) que garantiza la edificación, donde no sólo ha participado el autopromotor sino que han concurrido numerosos agentes intervinientes. Ahora bien, en este caso es necesario saber que el asegurador no podrá ejercer la acción subrogatoria prevista en el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, contra el autopromotor, dado el carácter mutualista de este último. Esto es, el asegurador que exige responsabilidades a una cooperativa subrogándose en las acciones de su asegurado, le está causando un perjuicio al propio asegurado, puesto que la cooperativa podría exigirle al damnificado su derrama en virtud de su responsabilidad ilimitada en los resultados ordinarios (dicha responsabilidad se puede deducir, entre otros, del sistema de imputación de pérdidas regulado en el artículo 59.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas). La acción subrogatoria sólo podría ejercerse ante terceros no socios. Distinta es la situación del gestor de cooperativas que, *a priori*, no es promotor, por lo que su condición como tomador o asegurado, no parece adecuada. Sin embargo, sería conveniente que las compañías aseguradoras exijan la suscripción de un seguro de responsabilidad civil decenal por cada edificación gestionada, pues la responsabilidad de una negligente gestión inmobiliaria puede tener magnitudes económicas muy superiores a los daños materiales sobre la edificación (vid. "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario...", en op. cit., págs. 2720-2721). En cuanto al gestor de comunidades que opera con un mandato irrevocable de los comuneros para efectuar las labores de gestión, administración y promoción, en este caso, dado que los comuneros son simples dueños de la obra que han delegado las facultades esenciales inherentes al promotor, y partiendo del artículo 17.4 LOE, serán los gestores los que deban suscribir los seguros obligatorios. Para MURIEDAS MAZORRA, no habrá obligación de suscribir los seguros en cuestión por la cooperativa o los condóminos de la comunidad de propietarios cuando no intervengan tales figuras de gestores (vid. "Autopromoción y seguros obligatorios", en *Lunes cuatro treinta*, núm. 301, 2001, pág. 16).

[507] El artículo 9.1 LOE, de modo explícito comprende entre los promotores a las personas que deciden, impulsan, programan y financian, con recursos propios, las obras de edificación para sí. El artículo 9.2.d), LOE, establece, entre otras, que el promotor tiene como obligación suscribir los seguros previstos en el artículo 19, sin hacer distingos de ningún tipo.

En aquel momento, un nutrido grupo de autores[508], a pesar de observar en la exigencia del seguro obligatorio para la autopromoción, un intervensionismo excesivo por parte del Estado, cuyo afán interventor, en ese caso, ni siquiera encontraba la excusa de la "vieja cantinela", de proporcionar tutela adecuada a un prevalente interés público[509], sostenían que la LOE no dispensaba al autopromotor de la obligación de suscribir las garantías del artículo 19 en ningún caso; es decir, no es que estuviera obligado a asegurar si su intención era enajenar el edificio o cualquiera de sus partes en el futuro, tampoco es que el autopromotor quedara obligado a asegurar cuando enajenare, lo estaba en todo caso, aunque no fuera a hacerlo nunca[510].

Desde luego, la regulación originaria del texto de la LOE, con la inclusión del autopromotor en el artículo 9.1 LOE, y la consecuente obligación de concertar el seguro obligatorio, era claramente excesiva, pues el seguro y todo el sistema de responsabilidad de la LOE están diseñados para proteger a los propietarios, que son los asegurados[511].

---

[508] GARCÍA MÁS, F. J., y MARTÍN VIDAL, J. A., "Breves comentarios a la Ley 38/19999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación", en op. cit., págs. 653-654. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda, op. ci.*, pág. 315; PARDO NÚÑEZ, C. R., "Un nuevo seguro obligatorio. Comentario del artículo 19 de la Ley de ordenación de la edificación", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 90, 2000, pág. 220. ESCOLANO NAVARRO, J. J., "Aspectos notariales y registrales...", en op. cit., págs. 206, 207 y 227. SIFRE PUIG, R. F., "Sinopsis de la Ley 38/1999...,", en op. cit., págs. 152-153; CASTRO BOBILLO, J. C., "Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Act. Civil*, núm. 12, del 19 al 25 de marzo de 2001, referencia XVII.

[509] Es principio general en una sociedad libre, que el no declarado incapaz, salvo en los supuestos en que se pruebe cumplidamente un posible perjuicio del interés general, decide lo que le conviene y contrata los servicios que necesita según su prudente arbitrio. La obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad o del seguro de automóviles tiene su razón de ser en que el uso de vehículos de motor envuelve un peligro para la salud y la vida, y por tanto, tutelan valores personalísimos, no patrimoniales, cuya defensa y protección es indisponible incluso para su mismo titular. Aparte, del interés patrimonial directo que tiene el Estado por cuanto su pérdida o disminución le obliga a incurrir en el correspondiente gasto público mediante el servicio médico-sanitario, que no se ve por ninguna parte en el caso de la edificación (en sentido vid. PARDO NÚÑEZ, C. R., "Un nuevo seguro obligatorio...", en op. cit., pág. 219).

[510] Se ha considerado que la no obligatoriedad del régimen de garantías en los casos de autoconstrucción atentaría contra los intereses de los consumidores y usuarios y contra la seguridad jurídica. Pues aunque no afectaría, en una primera instancia a ningún consumidor (ya que el autoconstructor no lo es), desembocaría en la existencia de numerosas edificaciones en el mercado sin asegurar, que sí serían adquiridas por consumidores y usuarios. Que pese a que la principal finalidad del régimen de garantías es la de proteger a los consumidores y usuarios, la LOE también menciona entre sus principales objetivos el de salvaguardar el interés público que existe en la calidad de las construcciones, en este sentido, vid. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J. J., "Garantías en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación y su acreditación ante el notario", en *La Ley*, 2001-7, D-248, pág. 1399.

[511] Como precisa CORDERO LOBATO ("Comentario al artículo 9 de la LOE", en op. cit., págs. 201-202), la redacción del artículo 9 LOE, en la versión inicial del Proyecto, no coincide con la actual de la Ley, redacción vigente que se introdujo en el Informe de la Ponencia (*BOCG, Congreso*, Serie A, núm. 163-11, de 15 de junio de 1999), que aceptó una enmienda del Grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV). Pero la motivación de la enmienda pone de manifiesto que su finalidad no era la de introducir en el precepto la autopromoción, sino la de evitar que transmitir la titularidad del edificio fuera –como inicialmente

En este contexto, ya MURIEDAS MAZORRA[512], en un sugerente y profético trabajo sobre esta materia, estima que el promotor de edificaciones para uso propio, tanto el individual como el colectivo, no estaban obligados a suscribir los seguros porque así resultaba de una interpretación sistemática de la Ley, en base a una exhaustiva serie de argumentos apoyados en la fundamentación general de que el espíritu de la Ley es la protección de los terceros y, además, en virtud del básico principio general del Derecho de que nadie puede obligarse consigo mismo (*non potest esse obligatio sine persona obligata*), por lo que nadie puede ostentar un derecho de crédito contra sí mismo.

Para solucionar el problema que, aparentemente, surgía al figurar el autopromotor como tomador del seguro y asegurado, y dado que nadie puede ostentar un crédito contra sí mismo, había destacado PARDO NÚÑEZ[513] que la propia Ley permitía solventar el problema del seguro del autopromotor de vivienda, proporcionando un marco flexible para dar cumplida satisfacción a todos los intereses en juego. Y así, en opinión del citado autor, la suscripción de las garantías obligatorias del artículo 19 LOE podía hacerse efectiva, no necesariamente a través del seguro de daños materiales previsto y regulado en el art. 19.2,

---

determinaba el art. 9.2, c)- una obligación del promotor (vid. la enmienda núm. 26 en el *BOCG, Congreso*, Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999). SIFRE PUIG, considera que independientemente de cuál fuera la motivación de la enmienda, no son aceptables los argumentos que para defender la exclusión de la autopromoción del ámbito de aplicación de la Ley, se basan en el proceso de gestación de la misma, porque no se atienen a la literalidad del artículo 9.1 LOE, tal y como ha quedado promulgado y publicado ("Sinopsis de la Ley 38/1999...", en op. cit., pág. 152).

[512] Añadía, el citado autor, que si el autopromotor transmite a un tercero antes de la terminación de los respectivos periodos de garantía de daños, el adquirente, además de la protección del Código civil a todo comprador ex arts. 1484 y siguientes, tendrá, por subrogación, mientras no hayan transcurrido los respectivos plazos de garantía, la posibilidad de exigir a los demás agentes de la edificación las responsabilidades previstas en el artículo 19.7 LOE, para el supuesto de que las garantías no se hayan suscrito. Vid. MURIEDAS MAZORRA, G., "Autopromoción y seguros obligatorios", en op. cit., págs. 12 a 16. De esta misma opinión, aunque circunscrita a un supuesto de hecho más reducido, RICO MORALES, considera que cuando la edificación la realiza directamente el titular del terreno (actuando como promotor y constructor) para su propio uso o disfrute, sin encomendar la construcción propiamente dicha a un constructor y contratando sólo la mano de obra, no existe la posibilidad de distinguir entre promotor, constructor y terceros adquirentes (siendo la relación del dueño-constructor con los obreros exclusivamente laboral). Por eso, en ese caso no parece, a su juicio, que la necesidad de los seguros tenga objeto por faltar el presupuesto esencial de la Ley que es la regulación de las responsabilidades entre promotor y constructor y de éstos con los terceros adquirentes. El autor llega a decir que ni siquiera sería obligatoria la suscripción de los seguros en el momento de una hipotética transmisión a un tercero antes de la terminación de los respectivos períodos de garantía de daños ya que el vendedor siempre respondería por evicción y saneamiento de la cosa vendida con arreglo al Código civil. En este sentido, vid. RICO MORALES, N., "Entrada en vigor de la LOE", en *Folio Real*, Revista del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo 2000, págs. 128-129.

[513] PARDO NÚÑEZ, C. R., "Un nuevo seguro obligatorio...", en op. cit., págs. 221 a 223. En el mismo sentido BOLDÓ RODA, C., "Régimen de garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos en la construcción", en *Revista Española de Seguros*, núm. 103, julio-septiembre 2000, pág. 550: señala este autor cómo en el seguro de caución, previamente a su estipulación, debe existir entre tomador y asegurado, una relación jurídica que ligue a ambos sujetos como acreedor y deudor. El correcto cumplimiento de la obligación de indemnizar los daños causados, como consecuencia de la responsabilidad consagrada y pormenorizada en el art. 17 LOE, constituye el interés asegurado por la póliza de caución.

sino mediante el otro tipo alternativo de seguro admitido, el seguro de caución, ex. art. 19.3. Mientras que el seguro de daños materiales pretende la indemnización estricta del daño sufrido, el seguro de caución, en cambio, es una subespecie del seguro de crédito (de características muy parecidas a la fianza) que protege al acreedor asegurado, contra el incumplimiento del deudor. El seguro de daños materiales trata de reparar la pérdida de la cosa asegurada que provoca el siniestro. El seguro de caución, por el contrario, trata de reparar el daño causado por el incumplimiento de una obligación nacida como consecuencia del daño generado. Siendo ello así, en el seguro de caución, como seguro por cuenta ajena que es, el acreedor (asegurado-propietario) y el deudor (tomador-promotor) tienen que ser personas distintas[514]. Se entiende por ello que el artículo 19.3.a) LOE, disponga que en el seguro de caución, al contrario que en el de daños materiales, los asegurados serán siempre los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo y nunca el promotor-tomador. Sobre la base de esta consideración, estimaba el autor que la existencia de un riesgo es la causa del contrato de seguro, por esta razón, el contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo (art. 4 LCS). Y como la existencia de un riesgo es la causa del contrato de seguro es claro que en el seguro de caución que contempla la LOE no hay riesgo mientras que el promotor siga siendo propietario del edificio; el promotor no puede ser acreedor o deudor de sí mismo y, como no hay crédito nada hay que afianzar o asegurar. Y si falta el riesgo, el tomador no puede ser obligado a pagar la prima (que es el precio del riesgo), hasta que éste surge. Y el riesgo no surge mientras falta la posibilidad de siniestro; y falta la posibilidad de siniestro mientras el promotor-propietario no transmita a un tercero todo o parte del inmueble. Por eso habrá que distinguir en la póliza el comienzo formal y el material del seguro. La fecha de comienzo material es mención obligatoria de cualquier póliza (art. 8 LCS), precisamente porque la aparición del riesgo puede retrasarse. Siendo ello así, habrá que subordinar el comienzo material del seguro de caución al hecho

[514] El art. 68 LCS, establece que "todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro". Se trata de una clara acción de repetición de la Compañía aseguradora contra el tomador, ya sea promotor o constructor; no es subrogación del asegurador en la posición del asegurado contra el tomador, sino una acción de reembolso. Señala TIRADO SUÁREZ, que los casos más numerosos de contratos de caución se dan en el marco del contrato de obra. O bien es tomador el contratista, frente al dueño de la obra, o bien se trata del seguro de calidad de la construcción, en el que se da cobertura al promotor de la venta, frente a los adquirentes, ante la eventualidad de las deficiencias de calidad que se detecten y denuncien durante el periodo de vigencia de la póliza. Lo característico de este tipo de seguro, es que el asegurador no se obliga a pagar en caso de impago del deudor (sería una fianza, entonces), sino que se compromete a indemnizar los daños sufridos por el acreedor ante la falta de cumplimiento señalado [vid. "Comentario al artículo 68 LCS (seguro de caución)", en *Ley del Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dirigidos por SÁNCHEZ CALERO, F., Aranzadi, 1999, pág. 1045].

de la transmisión de todo o parte del edificio a un tercero, que es el único posible asegurado en el caso del seguro de caución ex. art. 19.3.a) LOE.

Tras la exposición del contexto doctrinal existente sobre este tema, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31-12-2002, núm. 313), establece en su articulo 105, una modificación a la Disposición adicional segunda de Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, excluyendo de la exigencia de garantía contra daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción, a los supuestos de autopromoción individual de una única vivienda unifamiliar de uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión inter vivos dentro del plazo previsto en la letra a) del artículo 17.1 el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía, por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión inter vivos sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma[515].

Nada más lógico que no calificar como promotor a una persona que adquiere una parcela, acuerda con otro, un contratista o incluso un promotor, la realización de una casa, limitándose a encargarla y pagarla. Se tratará de un consumidor que no ha adquirido un

[515] Se ha dicho que la supresión de este seguro decenal para los autopromotores individuales podía suponer un ahorro de 6.000 euros, entre el importe de la prima y los estudios técnicos correspondientes, para una casa de 90 metros cuadrados. Algunas opiniones vertidas a propósito de esta supresión son las siguientes: la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), ve positiva esta iniciativa, ya que no tiene sentido asegurarse de forma obligatoria contra uno mismo, debiendo ser una decisión libre del consumidor el decidir o no suscribir la póliza decenal. Por otro lado, la Confederación Española de Consumidores y Usuarios (CECU), es contraria a dicha exoneración, ya que duda que sirva realmente para abaratar los precios de la autopromoción, sirviendo, por otro lado, para garantizar la calidad de la edificación. La patronal aseguradora (Unespa) considera que el autopromotor carece de conocimientos adecuados sobre el proceso constructivo y sobre los controles de calidad. Es más, en caso de que se produjese un siniestro y no existiera seguro, las costas del procedimiento judicial para determinar las responsabilidades podrían llegar a ser insoportables para los propietarios. Además, las aseguradoras no estarían en disposición de suscribir pólizas para proteger a nuevos adquirentes porque desconocerían el riesgo de ejecución de la obra y la calidad de los materiales. La patronal madrileña de promotores (Asprima) considera esta iniciativa beneficiosa para los ciudadanos de zonas poco pobladas, pero siempre que la futura regulación sea escrupulosa y no incite a picaresca y merma de calidad. Así, la nueva norma debería delimitar la tipología del inmueble y también de renta de los propietarios. Asimismo, se alerta de situaciones que podrían bordear la Ley, como en el caso de que una empresa decidiera construir 50 promociones de una sola vivienda en cada una, en lugar de una promoción de 50 viviendas, práctica que derivaría en una competencia desleal con los profesionales que pagan el seguro decenal. En el Colegio de Arquitectos de Madrid (COAM) no existe una postura oficial unánime. No obstante, parecen decantarse por el carácter voluntario de este seguro, ya que la calidad de la edificación no se reduciría, pues existen arquitectos que aseguran la dirección facultativa. Vid. http://www.el-mundo.es/suvivienda/2002/267/SV267pag12.html.

producto final porque, puede ser, que no se encontraba entonces en el mercado y, por eso lo encarga. Es por ello lógico que no quede incluido dentro del concepto de promotor, el sujeto que cumpla estas condiciones[516]: que decida la construcción para satisfacer su necesidad de vivienda, valorando el requisito de satisfacer su propia necesidad de forma proporcionada y, que no realice ninguna actividad constructiva, es decir, que no intervenga en la construcción, que únicamente la encargue y la pague[517].

Ahora bien, cuando el autopromotor que construye, no para vender, sino para cubrir sus propias necesidades personales o familiares y, que más tarde, sin haberlo previsto inicialmente, vende la edificación que hizo construir, en este caso, el autopromotor-enajenante sólo debería responder como un vendedor y no como un promotor. Es por ello que no debería extenderse su responsabilidad a los defectos de la construcción, que serán plenamente imputables a quienes construyeron. Es decir, tales vendedores deberían ser inmunes a las reclamaciones por los vicios de la construcción. Sin perjuicio de que respondan frente al comprador del inmueble defectuoso, pero con arreglo a las normas de la compraventa y no conforme a las del contrato de obra. Si bien, observamos como la nueva regulación opta por obligar al autopromotor individual a asegurar, en el caso de que transmita antes de que transcurran el plazo de diez años, previsto en el artículo 17.1.a) LOE, a no ser que el adquirente le dispense de esta obligación. Nosotros nos hubiéramos inclinado, en estos casos de autopromoción individual de vivienda familiar, por hacer recaer sobre el constructor[518], la obligación de responder y de constituir las garantías

[516] Vid. VILASAU SOLANA, M., "La noció de promotor en la Llei 38/1999, d´ordenació de l´edificació", en *RJC*, núm. 1, 2001, pág. 107.

[517] A pesar de la aparente simplicidad de los supuestos que quedan exceptuados de la obligación de constituir el seguro, "el autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio", está por ver cómo se van a interpretar tales expresiones; concretamente el término "individual" y "uso propio". Muestra de ello es la RDGRN de 9 de julio de 2003 (BOE, 15 de agosto, núm. 195). El supuesto de hecho es el siguiente: se presenta en el Registro una escritura de declaración de obra nueva de una vivienda unifamiliar, otorgada por el representante de una sociedad limitada, acompañada de licencia y certificado técnico; el registrador suspende la inscripción por no acreditarse la contratación del seguro al que se refiere la LOE. El tema de fondo gira en torno al concepto "individual", el registrador estima que tal expresión sirve para designar a la "persona física individual", en contraposición a la persona colectiva, en la que se incluirían todas las formas societarias y demás personas jurídicas, a las que resulta incompatible, con su propia esencia, el otro requisito que la Ley exige de "uso propio", así, el uso propio por parte de los socios, sería un uso por personas distintas al promotor. Frente a tal criterio, el notario recurrente, interpreta el término "individual", en sentido numérico, estimando que es individual una autopromoción cuando se trata de una única persona o entidad, sea física o jurídica. La DGRN, atiende al criterio del notario recurrente, pues entender el término "individual" como equivalente a persona física, supone restringir excesivamente el campo de aplicación de la exención de la obligación del seguro. Además, concluye, que dada la finalidad última de dicha obligación, consistente en evitar los riesgos de los adquirentes de viviendas, se llega a la conclusión de la no exigibilidad del seguro.

[518] También GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, considera que si la intención del promotor es la de disfrutar él mismo lo edificado en solar de su propiedad, habría que forzar la literalidad de la Ley y permitir

necesarias para hacer frente a esa responsabilidad, pues es éste, el que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 LOE, asume contractualmente el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios y ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.

En cuanto al mandato que la norma dirige al registrador en su calificación, y al notario a la hora de autorizar la escritura de transmisión, no parece implicar una prohibición temporal de disponer, porque la transmisión realizada, en contra de sus disposiciones, no es nula civilmente, sino que únicamente queda privada de la posibilidad de acogerse a los efectos de la documentación pública notarial y la protección especial derivada de los asientos del Registro de la Propiedad.

Dada la plena eficacia de la promulgación de las leyes frente a todos, sin necesidad de publicidad registral, no debería ser necesaria la incorporación a los libros del Registro del contenido de las disposiciones legales. Sin embargo, en aras del deber del registrador de informar y proteger al consumidor y terceros adquirentes, se podría considerar útil la constancia tabular, por medio de nota marginal, y su traslado a la publicidad formal, del contenido de la Disposición Adicional 2ª LOE.

Además, podría ser conveniente hacer constar, al pie de la escritura de declaración de obra nueva terminada de la vivienda unifamiliar o del acta de finalización de la inscrita en construcción, la posible obligación del autopromotor de contratar el seguro de daños materiales, si la transmite inter vivos dentro del plazo decenal de garantía, por analogía con lo establecido en la Resolución de la DGRN de 20 de marzo de 2000, sobre advertencias relativas al seguro decenal en las declaraciones de obra nueva declarada en construcción, sujetas a la LOE, y con lo dispuesto en el artículo 51 del RD 1093/1997, sobre la necesidad de acreditar la finalización de la obra nueva declarada en construcción.

IV.- NACIMIENTO Y CONSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Pasamos a analizar cuáles son los requisitos necesarios para que se constituya el régimen de propiedad horizontal sobre el edificio, así como, si es necesario que exista

---

que el tomador del seguro sea el constructor, no sólo para cubrir los daños de terminación o acabado de la obra, en que lo es conforme a la Ley, sino para cubrir los demás daños contemplados en el artículo 17 LOE (vid. “Control notarial y registral en edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 62, julio-agosto 2000, pág. 1523).

físicamente la construcción para constituir este especial régimen jurídico inmobiliario. En la medida en que se llegue a una conclusión positiva, no vemos obstáculo alguno para que pueda encontrar reflejo registral el piso, como unidad privativa susceptible de aprovechamiento independiente, integrada en el edificio.

1.- PRESUPUESTOS PARA EL NACIMIENTO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. EL ITER HACÍA LA PROPIEDAD HORIZONTAL PLENA.

La doctrina[519], tradicionalmente, ha coincidido en señalar, para que se produzca el nacimiento de la propiedad horizontal con plenos efectos jurídicos, la concurrencia de los siguientes presupuestos: existencia de un edificio dividido materialmente en pisos y locales, con la posibilidad de cada uno de ellos de ser susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública; la pluralidad de titularidades dominicales sobre esos pisos o locales y el otorgamiento del título constitutivo.

A veces, tales requisitos se producen en un solo acto; por ejemplo, los copropietarios de un edificio, extinguen la comunidad romana, dividiéndolo en régimen de propiedad horizontal y adjudicándose, cada uno, el piso o local correspondiente. Sin embargo, lo normal, es que exista un iter, un proceso, a lo largo del cual van apareciendo los distintos presupuestos que determinan la existencia de la propiedad horizontal; pensemos en el promotor que, antes de concluir la edificación y antes de vender ningún piso, otorga la escritura de división horizontal; o en el que vende en documento privado pisos de un edificio en construcción, antes de otorgar el título constitutivo.

No se puede decir que hasta que no concluya el proceso y se cumplan todos los requisitos, no existe propiedad horizontal; al contrario, la desigual importancia de cada requisito determina que, a lo largo del iter, se van alcanzando fases o estados en los que ya

---

[519] MONEDERO GIL, F., "Presupuestos y origen de la propiedad horizontal: aportación de solar, *actio communi dividundo*, contrato de ejecución de obras", en *Pretor*, núm. 21, mayo-junio 1964, págs. 38-39. JORDANO FRAGA, F., ., "Prehorizontalidad y servidumbre de propietario", en *RDN*, julio-diciembre 1981, pág. 127; BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario al artículo 1 de la Ley de propiedad horizontal", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, coordinados por el mismo autor, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 20. GÓMEZ CALLE, E., "La significación del título constitutivo..." en op. cit., pág. 1534. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., "El título constitutivo de la propiedad horizontal", en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, vol. 2, secc. 2ª, 1965, págs. 429 y ss. DÍEZ-PICAZO, L., "La llamada prehorizontalidad y su proyección registral", en *Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1978, págs. 137 y ss.

son aplicables determinados preceptos de la LPH. Esta idea de iter o proceso, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina; así, MIQUEL GONZÁLEZ[520], señala como el desenvolvimiento del régimen "puede producirse de modo sucesivo con efectos gradualmente más completos..., según el grado de concreción del supuesto de hecho o los pasos que se hayan ido produciendo"; en la misma idea insiste GÓMEZ CALLE[521], que analiza los distintos grados de constitución del régimen de propiedad horizontal, distinguiendo entre constitución formal (otorgamiento del título), real (cuando hay al menos dos propietarios de departamentos independientes) y plena (cuando concurre el otorgamiento del título constitutivo y la existencia de pluralidad de titulares sobre los elementos independientes).

Para explicar esta aplicación gradual de la Ley de propiedad horizontal, doctrina y jurisprudencia, utilizan diversas distinciones, tales como la contraposición entre nacimiento y constitución; nacimiento y adquisición; propiedad horizontal constituida y propiedad horizontal operativa[522]; prehorizontalidad y propiedad horizontal.

Dado el desacuerdo existente sobre el sentido que ha de atribuirse a los conceptos habitualmente manejados en este ámbito, nos parece que las precisiones que mejor representan estos momentos son aquellas que distinguen entre lo que es la constitución del régimen de la propiedad horizontal, y, por otro lado, el nacimiento de la propiedad horizontal[523], pues se trata de dos aspectos diferentes que, en esta institución, no siempre

---

[520] MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Comentario al artículo 396 del Código civil", en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, tomo I, Madrid, 1991, págs. 1081 y ss.

[521] Vid. GÓMEZ CALLE, E., "La significación del título constitutivo..." en op. cit., págs. 1572 y ss. También SOLÍS VILLA, I., "Comentario al artículo 5 LPH", en *Comentarios...*, op. cit., págs. 113-114.

[522] Así, BADOSA COLL, tiene un peculiar modo de entender los momentos originarios del régimen de propiedad horizontal, señalando dos posibles niveles de presencia del mismo, simplemente constituido (lo que requiere una decisión expresa, puesto que la propiedad horizontal es discrecional o contingente, sin que exista por el mero hecho de que exista un edificio dividido en pisos o locales) y operativo, lo que exige, al menos, la presencia efectiva de un propietario independiente de un piso o local (vid. "La multipropietat com a règim jurídic immobiliari", en *IV Jornades de Dret Català a Tossa del 25 al 28 de septiembre de 1986*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, pág. 25).

[523] Así, puede haber comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo dispuesto en el art. 5 LPH y comunidades de propietarios surgidas sin haberse otorgado el título constitutivo, es decir, nacimiento sin constitución formal, así FUENTES LOJO, J. V., *La Ley de propiedad horizontal, después de la reforma de 6 de abril de 1999*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 38. También ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., *El estatuto de la propiedad horizontal*, Comares, Granada, 2000, págs. 106-109; por su parte, LOSCERTALES FUERTES, "Nacimiento y constitución de la propiedad horizontal", en *Revista Jurídica SEPIN*, núm. 64, noviembre 1996, págs. 42 y ss., entiende que aunque el título otorgado con anterioridad a la terminación del edifico recoge todos los requisitos, es natural entender que el mismo no se regirá, todavía, por la LPH, porque es evidente que el mantenimiento y conservación no surgirá hasta que la finca se termine, pero lo cierto es que ya existe título, sin necesidad de otro nuevo para acogerse, en su momento, a las normas especiales de este régimen. Con posterioridad añade, se trata de dar cobertura jurídica a un simple proyecto de construcción, fundamentalmente como seguridad jurídica e información ante terceros y como clara

coinciden en el tiempo. La constitución tiene lugar cuando el propietario o propietarios de una finca proyectada, en vías de construcción o ya construida, prevén de antemano su división en pisos, creando, al efecto, el título constitutivo. Mientras que el nacimiento, propiamente dicho, aparecerá cuando una tercera persona física o jurídica adquiere uno o varios de esos pisos o apartamentos por cualquiera de las normas admitidas en Derecho[524].

Es por ello, que constitución y nacimiento no son términos sinónimos, ni necesariamente coetáneos en materia de propiedad horizontal. Ello no responde a razones de mero capricho, sino a que, en el estado en que se encuentra nuestra legislación, puede darse el caso de que se proceda a la división del edificio en propiedad horizontal y jurídicamente siga siendo todo él propiedad exclusiva de un único titular. De igual forma, si se atiende a la reciente reforma legal, se llega fácilmente a la conclusión de que pueden existir propiedades horizontales que no se hayan constituido formalmente como tales, mediante el otorgamiento del correspondiente título (*cfr*. art. 2 LPH, conforme a la redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril).

En cualquier caso, existe un paralelismo entre la distinción de estos dos momentos, nacimiento de la propiedad horizontal y constitución del régimen jurídico, por una lado; y la dualidad de conceptos de título constitutivo, que se puso de manifiesto en el I Simposio de Propiedad Horizontal[525], donde se diferenció entre el título en sentido material o general, como origen y causa que da lugar a la creación o constitución en propiedades separadas de los distintos pisos o locales de un edificio, susceptibles de aprovechamiento independiente (donación, compraventa, extinción de un condominio ordinario mediante su

---

referencia registral. También MONEDERO GIL, F., "Presupuestos y origen de la propiedad horizontal: aportación de solar, actio communi dividundo, contrato de ejecución de obras", en *Pretor*, núm. 21, mayo-junio 1964, págs. 41, afirma que hay que tener presente que una cosa es que pueda otorgarse escritura de declaración de obra nueva, encontrándose el edificio en construcción, y aprovechar la misma para dejar constituido el régimen de la propiedad horizontal, y otra muy distinta, es que la propia y verdadera propiedad por pisos, por este sólo hecho, haya surgido a la vida del derecho.

[524] FUENTES LOJO, J. V., "Necesidad de una nueva Ley sobre propiedad horizontal", en *La Ley*, 1986-4, págs. 1066: el autor, siempre preocupado por distinguir entre estos dos conceptos, llegó a proponer introducir un precepto en la LPH, en el que se dijera lo siguiente: respecto del nacimiento de la propiedad horizontal: "para que este especial régimen de propiedad surja a la vida jurídica, será preciso que en el edificio o complejo inmobiliario existan varias unidades inmobiliarias o apartamentos, y que coexista más de una titularidad dominical privada, con atribución a cada propietario, no de una simple cuota, sino de una porción física individualizada. (...) Tampoco obstará a dicho nacimiento que el edificio o complejo se encuentre en período de construcción, siempre y cuando, estén ya delimitadas las unidades inmobiliarias de que haya de componerse, así como las cuotas correspondientes". En cuanto a la constitución formal de la propiedad horizontal, considera que el título constitutivo es "el documento público en el que conste el acto jurídico que da vida a la propiedad horizontal, debiendo describir, además del inmueble, cada uno de los apartamentos, a los que se asignará un número correlativo...".

[525] *Actas del I Simposio sobre Propiedad Horizontal*, organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de Levante, Valencia, octubre, 1972, págs. 89 y 90.

conversión en propiedad horizontal, adjudicación por vía hereditaria, etc.); y título en sentido específico, como formalización del negocio por el que se constituye la propiedad horizontal, mediante la identificación y descripción del edificio en su totalidad y de cada una de las unidades independientes, la fijación de las cuotas y, en su caso, el establecimiento de las normas estatutarias[526]; de lo que parece deducirse que la propiedad horizontal nace, sin necesidad de otorgar la escritura de división horizontal, cuya función es, simplemente, formalizar algo que ya nació.

El título constitutivo, en su acepción más general, es absolutamente imprescindible para el nacimiento de la propiedad horizontal, como acto jurídico que, por vía de consecuencia o como finalidad específica, da lugar a esta situación jurídica, sin que ello quiera decir que el título específico o de formalización del régimen jurídico sea sólo facultativo, puesto que en ocasiones, deviene igualmente necesario[527].

En este sentido, se considera que el título específico, formalmente constitutivo de la propiedad horizontal es indispensable para su nacimiento –asumiendo el doble carácter de formal y material-, en los casos de constitución de tal régimen por el propietario único de un edificio cuyas partes privativas reúnan las circunstancias objetivas características de la institución. En este caso, se requiere una especial declaración de voluntad formulada por el propietario único del inmueble, cuya naturaleza propia es la de un negocio jurídico unilateral de constitución de la propiedad horizontal.

---

[526] Autores como DE LA CÁMARA ÁLVAREZ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Civil (Estudios sobre la Propiedad Horizontal)*, Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 293; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *Las urbanizaciones privadas*, Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 121-122; FUENTES LOJO, J. V., *La Ley de propiedad horizontal, después ...*, tomo I, op. cit., págs. 105-106, se refieren al título constitutivo en los siguientes términos: "es un acto o declaración expresa, por el cual el propietario o propietarios del inmueble (esté construido, en construcción o simplemente proyectado), adscriben éste al régimen de la propiedad horizontal y proceden a la determinación y descripción del edificio, de sus diferentes departamentos, fijando y estableciendo las cuotas de participación y, en su caso, los estatutos o reglas que han de regir la comunidad si, dentro de los limites de la tolerancia legal, desean, en alguna medida, completar, modalizar o modificar el régimen previsto en la Ley".

[527] Como dice ÁLVAREZ ÁLVAREZ, hay que distinguir dos cosas: una primera, es la posibilidad de aparición de la propiedad horizontal como consecuencia de cualquier negocio jurídico suficiente para hacer nacer respecto de una casa, una pluralidad de titularidades sobre diversos pisos. En este caso, cualquier titulo, donación, permuta, herencia, división de una cosa común, puede servir para que surja la situación fáctica básica de la propiedad horizontal, que es que exista una pluralidad de titularidades dominicales sobre los pisos. Y otra cosa distinta, es la naturaleza especifica del acto de constitución del régimen de propiedad horizontal. Desde este segundo punto vista, considera que se trata de un negocio jurídico de naturaleza dispositiva y de efectos configurativos del total edificio ("El título constitutivo de la propiedad horizontal", en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, vol. 2, secc. 2ª, 1965, págs. 436 y ss).

Tal necesidad no se deriva de la propia esencia de la institución, sino que tiene su origen en la naturaleza propia de las cosas y en las exigencias del tráfico jurídico, ya que, en los supuestos de pluralidad de propietarios, los requisitos objetivos y subjetivos – pisos independientes y dueños distintos-, producen necesariamente el nacimiento de la propiedad horizontal y su concurrencia implica, lógicamente, la voluntad de constituirla. Pero en los casos de propietario único, no puede surgir por sí sola la propiedad horizontal, ya que la existencia de pisos independientes nada revela en cuanto a la voluntad configurativa de su propietario, pues tanto puede proyectarse sobre todo el edificio constituido en objeto unitario de su dominio, como sobre todos y cada uno de sus pisos o locales independientes, convertidos en objetos separados de sus derechos en régimen de propiedad horizontal.

Así, en el caso de propietario único, se requiere un negocio jurídico, expreso y especial, de constitución del edificio en propiedad horizontal, cuyo título constitutivo revestirá el doble carácter de material o general, puesto que crea la propiedad horizontal, y específico o formal, ya que deberá contener todos los requisitos previstos por el art. 5 LPH[528]. Es el caso de la declaración de obra nueva en construcción y consiguiente constitución de la propiedad horizontal, realizada por el promotor-constructor o dueño del terreno, inscrita en el Registro de la Propiedad, con vistas a la venta sobre plano de la cosa futura que son los pisos y locales de un edificio simplemente comenzado, bastando el proyecto técnico y la licencia municipal de obra. Esta forma de constituirse la propiedad

[528] En esta dirección, por título constitutivo habrá de entenderse, en un sentido material, el acto o negocio jurídico, o declaración de voluntad que genera la situación de propiedad horizontal, y puede ser hecho unilateral, y bi o plurilateralmente. Y título en sentido formal, que es el documento (generalmente notarial) en el que constan las circunstancias de hecho y de derecho que dan lugar al nacimiento del régimen de la propiedad horizontal y que la configuran, pero lo que da vida a la figura, no es el documento, sino las circunstancias que refleja. El titulo constitutivo de la propiedad horizontal, desde el punto de vista material, y como negocio jurídico unilateral, se puede producir, por ejemplo, cuando es realizado por el promotor-constructor o el dueño del terreno en que se señalan las condiciones necesarias para constituir la propiedad horizontal que no deviene tal, hasta que no existan dos o más propiedades sobre el objeto. También admite la posibilidad de un contrato unilateral, como sería el caso de la donación a varias personas de suelo sobre el que ya existe un proyecto de constitución, las licencias municipales correspondientes, y la distribución de lo construido, en propiedad horizontal, con adjudicaciones específicas por vía de liberalidad que, obviamente, tienen que haber sido aceptadas (sobre esta materia, la RDGRN de 23 de junio de 1995 [RJ 5330], prevé un caso de inscripción de propiedad horizontal cuyo título público es una donación a favor de distintas personas a las que se asignan locales comerciales). También cabe el testamento. Y el negocio jurídico bi o plurilateral, que es el que se forma por la voluntad de dos o más que ya son titulares, en esa compleja urdimbre de elementos exclusivos y comunes, después de efectuada la división del edificio en planos separados y atribuidos en propiedad a personas distintas, siendo aprobada por unanimidad, en Junta, por todos ellos. Sin olvidar, la posibilidad de acudir a una resolución judicial o arbitral de constitución de propiedad horizontal, cuando exista desacuerdo entre las partes, bien se refiera la discrepancia a la descripción del objeto físico, bien a la determinación de las cuotas o la existencia de derechos reales de servidumbre u otros que puedan existir para el correcto funcionamiento de la construcción o edificación. En este sentido, seguimos a MEDINA DE LEMUS, M., "Retornos al título constitutivo de la Propiedad Horizontal", en *RCDI*, núm. 657, enero 2000, págs. 1124 y ss.

horizontal por el propietario único de un edificio, ha superado todas las reservas doctrinales, siendo en la práctica la más frecuente, tanto en su formulación notarial como en su inscripción registral, por no oponerse a su construcción obstáculos legales que impidan esta modalidad, inicialmente unitaria, de la propiedad horizontal. Es más, son especialmente numerosos los argumentos a su favor, porque, frente a algunos de sus inconvenientes subsanables –fijación de las cuotas, reservas abusivas de ciertos derechos sobre los elementos comunes del total edificio, cuyos pisos o locales se enajenan en su totalidad-, ofrece las ventajas de preparar adecuadamente las futuras ventas en serie de los pisos, y llena la necesidad de obtener créditos hipotecarios diferenciados que no compliquen la situación de los futuros propietarios individuales.

La constitución del régimen da lugar a un estado de derecho que produce sus efectos inmediatos y desde luego, aunque su completo mecanismo no entre en funciones hasta que tenga lugar la pluralidad de titulares. Pero ambos factores actúan con independencia, de forma que el régimen constituido configura ya el objeto de la relación jurídica establecida y lo somete a un esquema jurídico particular, sin necesidad de que se dé la pluralidad en los elementos subjetivos[529].

A) El título constitutivo.

El artículo 5 LPH se ocupa de la regulación del denominado título constitutivo. Este precepto se introdujo con ocasión de la aprobación de la Ley 49/1960, de 21 de julio y su redacción no ha sido modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley de propiedad horizontal, aunque su contenido se ve afectado por la reforma de otras disposiciones efectuada por dicha Ley, como los artículos 2 LPH y 396 CC.

Si bien es un precepto de importancia capital, sin embargo, adolece de ciertas imprecisiones. En este sentido, podemos apreciar cómo se mezclan cuestiones diversas, como las referentes a su contenido mínimo o necesario y facultativo, su otorgamiento (aunque refiriéndose, no al título en su conjunto, sino sólo a alguna cuestión relativa a una de sus menciones, como la cuota), su inscripción y eficacia y su modificación. Quedan en la penumbra otras cuestiones esenciales, tales como la propia función del título constitutivo

[529] *Actas del I Simposio sobre Propiedad Horizontal*, organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de Levante, Valencia, octubre, 1972, pág. 82.

en orden a la existencia y nacimiento de la propiedad horizontal, con lo que la expresión "título constitutivo" puede resultar confusa o inexpresiva.

Es por ello que el término "título constitutivo", no ha arraigado del todo; en la práctica se utilizan, preferentemente, expresiones como escritura de división horizontal o de propiedad horizontal o constitución en régimen de propiedad horizontal u otras similares. El art. 53.a) del RD 1093/1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento hipotecario en materia urbanística, habla de títulos de división horizontal, en el cuerpo del precepto, y de títulos de constitución de propiedad horizontal, en la rúbrica; el artículo 13 RH[530] se refería a las escrituras de propiedad horizontal. Las razones que pueden haber influido en esta falta de éxito de la expresión "título constitutivo", pueden ser las dudas fundadas sobre la adecuación de la expresión a la función y significado del título en orden al nacimiento y existencia de la propiedad horizontal[531].

Lo cierto es que ambas calificaciones presentan sus ventajas e inconvenientes. El término "título constitutivo", es más amplio que la referencia a la escritura de división horizontal, pues puede serlo un testamento, donde se plasme la voluntad del dueño único de un edificio de dar origen al régimen comunitario a que nos referimos, sin que sea formalmente escritura, el mencionado título; también aparece como adecuada la calificación de escritura de división horizontal, dado que permite omitir la problemática expresión "constitutivo", que parece prejuzgar sus efectos jurídicos, si bien presenta el inconveniente de incluir el confuso término "división", que nos parece que es admisible en todos los casos, si no se entiende en sentido material[532].

a) Trascendencia del título constitutivo.

El mencionado artículo 5 LPH, regula el otorgamiento y contenido del denominado título constitutivo de la propiedad horizontal. Pese a lo rotundo del calificativo, la propiedad horizontal puede existir, aunque no se haya formalizado título alguno. Es por

[530] El contenido del artículo 13 RH, fue introducido por la reforma que experimentó el Reglamento hipotecario por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, si bien, parte de su contenido fue declarado ilegal por la STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001 (RJ 1083).

[531] En este sentido, SOLÍS VILLA, I., "Comentario al artículo 5 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal, Ley 8/1999, de 6 de abril*, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 111.

[532] Así se manifiesta DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal. El titulo constitutivo y su impugnación judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 30.

ello, que la utilización de esta expresión en la Ley, suscitó, en su momento, algunas dudas sobre su esencialidad en la vida jurídica del régimen, pues, generalmente, el titulo constitutivo de una situación jurídica tiene un carácter fundante de ésta, sin el cual, no alcanza su plenitud ni llega a desplegar íntegramente sus efectos jurídicos.

Respecto de la trascendencia del título, desde las tendencias doctrinales[533] que postulaban su asimilación a las formalidades *ad solemnitatem,* sin las cuales carece de existencia el negocio jurídico, en este sentido, se llegó a decir que el título constitutivo es creador y presupuesto imprescindible del nacimiento de la propiedad horizontal, sin que sea suficiente la existencia de un edificio susceptible de ser ocupado por pisos o locales ni tampoco el que cada uno de ellos pertenezca a distintos propietarios. Frente a la postura anterior, surgió otra construcción, que distinguía entre la constitución del régimen jurídico y el nacimiento de la propiedad horizontal, admitiendo el establecimiento del régimen mediante el título correspondiente, pero condicionando el verdadero nacimiento de la situación jurídica al advenimiento de la pluralidad de propietarios[534].

En la doctrina[535], y con relación al título constitutivo, la línea que se presenta más uniforme, es la de afirmar que la propiedad horizontal nace, existe como régimen jurídico,

---

[533] Los partidarios del carácter esencial, representaban un sector minoritario, y concebían el título constitutivo como un documento constitutivo del régimen de la propiedad horizontal, en el que han de contenerse los supuestos de hecho, de modo que, con que falte uno sólo de ellos, el título será nulo. (Así, se manifiesta FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, págs. 155 y ss.). Puesto que su otorgamiento es esencial, sin él, el acto por el que el dueño del edificio enajena un piso no valdría para transferir el dominio del mismo en propiedad horizontal (son palabras de LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 532-533).También representan este sector MONEDERO GIL"Presupuestos y origen de la propiedad horizontal..", en op. cit., págs. 39-40. Además, es destacable también, que quienes creían necesario el otorgamiento de dicho título, sostenían que, a las fincas que carecían del mismo, les era aplicable por analogía lo dispuesto en la LPH. Es el caso del FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, en su obra posterior *Código de propiedad horizontal, (comentarios y formularios),* con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, J., tomo I, Edersa, Madrid, 1997, pág. 497 y ss.

[534] En esta dirección, señala ALONSO PÉREZ, ("Sobre la esencia de la propiedad horizontal y la vacuidad del artículo 1 de la Ley 8/1999", en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, págs. 73-74), que la propiedad horizontal nace después que, dividido el inmueble en pisos y locales, se haya procedido a la enajenación de alguno de ellos. Sólo la pluralidad de titulares de los espacios independientes, engendra esta forma especial de propiedad, cuya peculiaridad reside en el complejo ensamblaje de sus elementos constituyentes, a saber: titularidades individuales sobre esos espacios; copropiedad sobre elementos o servicios comunes; edificio *in toto* como soporte de las propiedades individuales y de las partes en condominio; necesidad de ordenar la "comunidad de propietarios" con sus órganos de representación y administración; y el título constitutivo, del art. 5 LPH, que si no es elemento esencial, lo es al menos, normal o natural, pues permite cubrir todos estos componentes de la adecuada vestidura jurídica, para que desplieguen su plena operatividad ante el Derecho y se armonicen normativamente en el conjunto del inmueble los intereses de los propietarios sobre sus bienes particulares y sobre los elementos comunes.

[535] La circunstancia de no ser el título constitutivo necesario, era ya puesta de manifiesto por los Tribunales, encontramos algunas sentencias del Tribunal Supremo que aplicaban la Ley de propiedad

lo que determina la aplicación de la Ley de propiedad horizontal, desde que surge una pluralidad de propietarios de los distintos pisos o locales de un edificio.

Y tras la Ley 8/1999 de 6 de abril, que modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio de Propiedad Horizontal, parece claro que el título constitutivo ya no es presupuesto necesario, porque el nuevo artículo 2 señala que la LPH será de aplicación a las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 CC, aunque no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal.

b) Prehorizontalidad por falta de título o propiedad horizontal de hecho.

La nueva regulación contenida en el artículo 2 LPH, representa un reconocimiento expreso y una regulación, de una de las posibles situaciones de prehorizontalidad, la propiedad horizontal de hecho, es decir, aquella situación que se produce cuando existe un edificio cuya propiedad pertenece por pisos o locales independientes a distintos dueños, pero que no ha sido dividido horizontalmente de manera formal, no se ha otorgado el título constitutivo[536].

---

horizontal a edificios que carecían del título constitutivo; concretamente, las sentencias de 5 de julio de 1991 (RJ 5328), 15 de marzo de 1994 (RJ 1788), y 1 de febrero de 1995 (RJ 1220).

La reforma de la Ley ha venido a consagrar la opinión sostenida mayoritariamente por la doctrina, que sintetiza DE LA CÁMARA ÁLVAREZ en los siguientes términos: "El título constitutivo, en el sentido de la Ley, sólo es un requisito para que entren en juego a pleno rendimiento, todas sus disposiciones, pero de ahí no se sigue que su otorgamiento sea requisito indispensable para el alumbramiento del instituto, ni obsta a que algunas normas que lo regulan puedan ser inmediatamente aplicables", en *Estudios de Derecho* Civil, op. cit., pág. 296. También ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. III, vol. 1º, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, págs. 426 y ss.; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª ed., Dilex, Madrid, 2000, pág. 508; GÓMEZ CALLE, E., "La significación del título constitutivo ...", en op. cit., pág. 1535; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, op. cit., págs. 29 y ss; ALONSO PÉREZ, M.ª T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie ...*, op. cit., pág. 272; DORREGO DE CARLOS, A., "Comentario al artículo 2 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal, Ley 8/1999, de 6 de abril*, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, págs. 74-75.

[536] Analizando esta comunidades de hecho, nacidas sin título previo, VENTURA-TRAVESET, encuentra dos situaciones: 1) Comunidades en que el promotor o propietario del edificio ha iniciado la venta de pisos y locales, casi siempre en documento privado, y temporalmente, se mantiene sin título formal constitutivo. 2) Edificios, normalmente de pocas viviendas, de muchos pueblos y poblaciones pequeñas, donde los requisitos formales de la LPH ni se cumplen ni hay intención de cumplirlos por las dificultades técnicas y costos que conllevan. En la situación temporal descrita en el apartado 1), estos requisitos terminan cumpliéndose, porque, al final, el título constitutivo se otorga, los documentos se inscriben, la comunidad se constituye, los cargos se nombran. La Ley en lugar de remitirse al total de su contenido, parece estar reconociendo para esas situaciones de hecho, temporales o definitivas, unos mínimos imperativos a los que no pueden sustraerse los propietarios, como la delimitación de lo que son elementos comunes y privativos, el respeto mutuo a los vecinos, el mantener en buen estado de conservación el edificio; mínimos de convivencia que deben aplicarse siempre con independencia de los demás requisitos formales (VENTURA-TRAVESET, A., *Derecho de propiedad horizontal*, 6ª edición reformada y adaptada a la LEC 2000, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 194-195).

La aplicación a esas comunidades de propietarios por pisos de la Ley, tiene carácter imperativo, de ahí la insistencia de que esas comunidades sin título constitutivo, se regirán "en todo caso", por la disposiciones de la Ley. Dicha aplicación comprende todas las normas relativas 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.

Este llamamiento genérico e indeterminado que realiza el precepto, plantea el problema de saber qué partes de la Ley son aplicables a las propiedades horizontales de hecho y, cuáles no se deben aplicar. Algunos autores[537], consideran que ante la necesidad de concretar tal indeterminación, es preferible decantarse por aplicar cuantas más normas de la Ley de propiedad horizontal mejor, ya que en esa dirección se encamina la norma, si realizamos una interpretación integradora del precepto (artículo 3 CC), además, porque al tratarse de una propiedad especial muy necesitada de regulación, la aplicación de la normativa más específica recogida en la LPH, afronta y resuelve los problemas que la propiedad especial pueda crear, mejor que las normas más genéricas como los artículos 392 y siguientes, del Código civil.

En conclusión, serán aplicables a las propiedades horizontales de hecho, los artículos de la Ley destinados a regular el uso y aprovechamiento tanto de los elementos comunes como de los privativos, no siendo aplicables, sin embargo, ni las normas relativas a las cuotas de copropiedad, ni las que se refieren a los órganos de representación de la comunidad de propietarios[538].

Una vez reconocida la posibilidad de que existan comunidades sujetas al régimen de propiedad horizontal que no hayan otorgado título constitutivo, debe apuntarse que estas

[537] No se pueden aplicar las normas relativas a cuotas de participación porque el señalamiento de las mismas es lo que hace que una propiedad horizontal de hecho, se convierta en una propiedad horizontal de derecho; por otro lado, partiendo de los artículos 5 y 8 LPH, se requiere acuerdo expreso y unánime de todos los copropietarios para que las cuotas queden fijadas. En lo referente a las normas de representación respecto a terceros, las que regulan las facultades del presidente y demás órganos *ad extra*, partiendo de la cuasi personalidad jurídica que la Ley concede a la propiedad horizontal y a la Junta de propietarios, considera el autor, que si la atribución de personalidad jurídica independiente a un ente moral debe hacerse por disposición legal expresa, para que una institución, como la que nos ocupa, disponga de órganos de representación, debería haber una norma legal que expresamente lo habilitara, norma que, todavía, no existe. Además, el art. 2.b), LPH, dice que se regirán por la Ley los derechos y obligaciones "recíprocos" de los comuneros, de donde, a contrario, podemos pensar que, no se regirán por la Ley los derechos y obligaciones frente a terceros (vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C. y J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, op. cit., págs. 40 a 42).

[538] BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, considera que, con las adaptaciones pertinentes, son de aplicación a estas comunidades sin título constitutivo, todo el Capítulo II de la LPH (arts. 3 a 23) y el artículo 396 CC. Vid. "Comentario al artículo 2 de la Ley de propiedad horizontal", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, coordinados por el mismo autor, op. cit., pág. 26.

situaciones se encuentran llamadas, inequívocamente, desde un punto de vista jurídico, al otorgamiento del título constitutivo. Ello se debe, fundamentalmente, a que el mismo constituye presupuesto necesario para que el edificio en su conjunto, así como los pisos o locales particularmente considerados, puedan acceder al Registro de la Propiedad; siendo de todos conocido el importante papel que esta institución desempeña en la consolidación y garantía de los derechos reales sobre bienes inmuebles[539].

Refuerza lo anterior, la propia dicción del número 3º del artículo 8 de la Ley hipotecaria, que establece que "se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezca a varios dueños en dominio pleno o menos pleno". La utilidad de este precepto radica[540], en que contempla el edificio como propiedad ordinaria, contrapuesta a la propiedad horizontal. Lo que BADOSA COLL[541], denomina "régimen inmobiliario de propiedad ordinaria, frente al régimen de propiedad horizontal". En este sentido lo que viene a decir el número 3º, del artículo 8, es que el edificio o finca urbana en general ha de considerarse como "finca única y unitaria", aunque pertenezca a varios propietarios en dominio pleno o menos pleno, sin que pueda abrirse folio independiente a sus pisos o locales, fuera del caso de la constitución en régimen de propiedad horizontal a que se refieren los números 4º y 5º del propio precepto. Y es que la pluralidad de propietarios de un edificio no determina la apertura de folio independiente al objeto de su propiedad.

También significa que queda descartada, desde la perspectiva de la legislación hipotecaria, la existencia de una propiedad individualizada de pisos y locales de un edificio fuera del régimen de propiedad horizontal de los números 4º y 5º del artículo 8 LH.

c) Esencialidad del título constitutivo y venta de pisos en construcción.

A la vista de la consideración anterior, queda claro que el llamado título constitutivo no tiene realmente este carácter, en el sentido, de que no resulta imprescindible su formalización, ni se impone obligatoriamente su inscripción en el

[539] DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal. El titulo constitutivo..l*, op. cit., pág. 36; en el mismo sentido, ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., "Comentario del artículo 5 LPH", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, op. cit., pág. 110.

[540] GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", en *Comentarios al Código civil...*, op. cit., págs. 445 y 446.

[541] BADOSA COLL, F., "La multipropietat com a règim jurídic immobiliari", en *IV Jornades de Dret Català a Tossa del 25 al 28 de septiembre de 1986*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, págs. 17 y ss.

Registro de la Propiedad, para que pueda entenderse existente el régimen de propiedad horizontal y aplicables algunos de los preceptos de la Ley que lo articula.

Sin embargo, nos parece que, si bien la idea de la innecesariedad de otorgamiento de título constitutivo, parece verse reforzada por lo dispuesto en el art. 2.b), LPH, una cosa es que no sea necesario el otorgamiento del título constitutivo y, en tal caso, la Ley tiene que prever una organización mínima y, por ello, somete a dichas comunidades al ámbito de aplicación de la LPH, reformada, precisamente en este punto, para evitar que queden sin regulación las complejas relaciones que comportan un conjunto de propiedades inmobiliarias.

Y otra muy distinta, es entender que la propia Ley propicie la falta de título constitutivo, así, lo previsto en el artículo 2.b) LPH, no puede, en ningún caso, tomarse como minimización de su importancia real en el seno de esta clase de condominio[542]. Dadas las características de la construcción moderna, el grueso de la población y los servicios se alojan en sistemas constructivos multidisciplinares que generan una complejidad de relaciones jurídicas que sólo es posible encauzar desde la base de un régimen jurídico complejo, único que proporciona seguridad jurídica en su desenvolvimiento. Sin que pueda dejarse a la iniciativa, a la curiosidad o descuido de los titulares implicados, porque llega un momento del funcionamiento del complejo, en que se necesita cierta dosis de claridad en torno a las relaciones jurídicas que de continuo se establecen entre ellos, y sobre todo, que acaban afectando a quien contrata con esa entidad o comunidad de titulares.

Si se quiere propiciar la multiplicación de pisos, sólo posibles mediante el sistema de propiedad horizontal, para hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos a una vivienda digna, y dada la combinación, en una comunidad, de elementos comunes del edificio, tales como jardines, patios, cubiertas, canalizaciones, piscinas, con una propiedad separada sobre cada unidad susceptible de aprovechamiento independiente, es algo que no

[542] Así se manifiesta DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Comentario a la Disposición adicional única de la Ley 8/1999", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 803.

puede dejarse a la iniciativa de los particulares, por lo que debe concluirse, en la esencialidad del título constitutivo[543].

En la medida que interpretemos, que partiendo del doble contenido del título constitutivo, el llamado contenido necesario y el contenido amplio o estatutario, el nuevo artículo 2 está queriendo significar que, si por Estatutos se entiende, lo que habitualmente se ha realizado, copiando prácticamente las previsiones de la Ley, entonces sobran, naturalmente, porque no es más que una repetición de lo que ya tiene fuerza legal por sí mismo, superior a cualquier estipulación.

Pero, en cambio, no es lo mismo el llamado régimen estatutario, que lo que la constitución del régimen de la propiedad horizontal significa y su correspondiente título constitutivo. Consideramos, que hoy día, es necesario e imprescindible el título constitutivo, ya que las previsiones de derechos y deberes que prevé la Ley, no podrán aplicarse nunca si no se delimita el objeto físico de la propiedad horizontal, describiendo el inmueble en su conjunto, los elementos comunes y los diferentes pisos, además de las cuotas respecto de los elementos comunes, que son la medida de la contribución a las cargas y el montante de los beneficios, en algunos casos, y no puede resultar directamente de la Ley, que no alcanza más que a muy amplias previsiones generales, pero no concretas de cada bien en cuestión.

Queremos destacar, como pese a que hoy, expresamente el art. 2 LPH, declara no ser necesario el otorgamiento del titulo constitutivo, para la aplicación de la normativa que contiene esta nueva regulación, ello no debe hacernos perder el norte, no podemos minimizar la importancia del título constitutivo, en relación con la prehorizontalidad y la necesaria determinación del objeto en la compraventa sobre plano. En este sentido, sería sumamente aconsejable que los promotores otorgasen el título constitutivo, junto con el estatuto, al iniciar la construcción. Mas aun, si tenemos en cuenta que nuestro Ordenamiento reconoce la posibilidad de inscribir el régimen de propiedad horizontal desde el momento en el que se inicien las obras. Sin embargo, lo habitual es, que tanto el título como el estatuto se otorguen con posterioridad a la contratación de la venta de algunos pisos o locales del edificio. Sin embargo, es obvio que al comprador de un piso en construcción, por el cual ha satisfecho una parte del precio, no le pueden ser indiferente la

[543] MEDINA DE LEMUS, M., “Retornos al título constitutivo de la Propiedad Horizontal”, en *RCDI*, núm. 657, enero 2000, págs. 1176 a 1179.

fijación de módulos y cuotas, ni la determinación de las reglas particulares que han de regir el funcionamiento del inmueble. Es precisamente este interés legítimo el que ha motivado que un sector importante de la doctrina se muestre partidario de exigir el consentimiento de los compradores en las decisiones que conciernan al régimen del futuro edificio y, más en concreto, para el otorgamiento del título constitutivo o, en su caso, para la formación del estatuto.

Esta deficiencia, en cierta manera, podría considerarse paliada por la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios[544], en la que se contienen algunas referencias a las condiciones de promoción y publicidad para la transmisión de inmuebles (*cfr*. arts. 8, 10 y 13 LCU), cuyo desarrollo reglamentario se plasma en el RD 515/1989, de 21 de abril, que regula la información que ha de ser suministrada al adquirente de vivienda. Dicho decreto, en sus artículos 4 y 5, impone al vendedor la obligación de tener a disposición del público o de las autoridades competentes, el estatuto y las normas de funcionamiento de la comunidad de propietarios, así como una descripción completa de la vivienda y del edificio en su conjunto[545]. De los precepto del RD 515/1989, no se desprende que la declaración de obra nueva y el otorgamiento del título constitutivo o del estatuto sean extremos obligatorios para proceder a al venta de pisos, pero sí es exigible la puesta a disposición del consumidor de los citados documentos cuando los mismos existan, sin que basta la simple fórmula de que el comprador se da por enterado.

Dentro de los Ordenamientos autonómicos, destaca la exhaustiva regulación que, a este respecto, contempla la Ley catalana 24/1991, sobre la vivienda, de 29 de noviembre, cuyo artículo 21 exige, como presupuesto previo para el inicio de las ventas de pisos en construcción, el que se encuentre previsto el régimen jurídico de la edificación proyectada

[544] A ello debe añadirse la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación,, cuya Disposición adicional primera, se destina a introducir una nueva Disposición adicional primera a la Ley de consumidores y usuarios de 1984. En la misma se recogen un extenso elenco de cláusulas que habrán de reputarse abusivas cuando se incluyan en contratos con los consumidores. Entre ellas, destaca, a los efectos que aquí interesan, la regla 20, que declara el carácter abusivo de la adhesión, por parte del consumidor, a cláusulas, de las que no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real, antes de la celebración del contrato. También resulta interesante la regla 2, en cuanto califica como abusivas las reservas a favor del profesional de facultades de interpretación, modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo (...).

[545] El objetivo que con ello se persigue, parece ser, el de evitar que se acepten los estatutos bajo fórmulas estándares, en las que el comprador declara aceptar un estatuto, que en realidad desconoce. Con ello se consigue, además, como efecto indirecto garantizar la aceptación del estatuto y, por consiguiente, su eficacia frente a todos los futuros adquirentes con independencia de su inscripción en el Registro. Vid. CABANILLAS MÚGICA, S., "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamientos de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, pág. 60.

y, dentro del mismo, se recoja el proyecto de estatuto de la futura comunidad, o, caso de no existir éste, que se consigne expresamente dicha circunstancia.

Aun admitiendo la innecesariedad del título constitutivo para hacer nacer una verdadera propiedad horizontal, si bien "de hecho", ya que ésta se sustenta en la pluralidad de propietarios sobre los distintos pisos o locales del edificio, cualquiera que sea su título adquisitivo, ello no merma ni condiciona la importancia atribuible a aquél, en el ámbito de esa comunidad de propietarios. En efecto, señala DÍAZ MARTÍNEZ[546] como el título constitutivo ha de describir no sólo el edificio en su conjunto, sino además, cada una de las unidades separadas del mismo, lo que, aun pareciendo simplemente, en principio, el reflejo jurídico de una realidad física, es de gran trascendencia en la concreción de los elementos comunes, ya que en aquéllos que lo son por destino y no por naturaleza, tal carácter les vendrá atribuido por la escritura de división horizontal, todo ello, sin olvidar que, asimismo, el carácter de anejo de un espacio situado fuera de la vivienda, dependerá del propio título, así como la atribución de derechos de uso exclusivo de algún elemento común a favor de uno o varios propietarios, excluyendo del mismo al resto y sin perjuicio de que ello no implique conversión de tal espacio en elemento privativo.

En segundo término, el título constitutivo ha de contener las cuotas de participación que correspondan a cada unidad privativa, que determinarán tanto la participación en el total valor del inmueble y en los beneficios comunes como la contribución a los gastos de la comunidad, siendo igualmente decisiva a efectos de formación de mayorías de intereses en la junta.

También debe destacarse el relieve que tiene el título constitutivo en la propiedad horizontal, en relación con la eficacia *ad extra* de este régimen jurídico, pues es el instrumento para que las normas que rigen esa comunidad de propietarios vinculen o sean oponibles a los terceros, lo que dependerá primordial, aunque no exclusivamente, de su inscripción en el Registro de la Propiedad, como establecen los artículos 5 LPH y 8.4 LH, situación muy diferente de la pluralidad de propietarios de un edificio en que no se haya otorgado escritura de división horizontal, que es una propiedad horizontal de hecho, pero con efectos puramente internos.

[546] Sobre la importancia del título constitutivo, a la hora de delimitar los elementos comunes y privativos, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Comentario a la Disposición adicional única de la Ley 8/1999", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, op. cit., págs. 803 y ss. También GÓMEZ CALLE, E., "La significación del título constitutivo...", en op. cit., pág. 1538.

B) Efectos que produce el otorgamiento e inscripción del título de la propiedad horizontal en el Registro de la Propiedad, en situación de prehorizontalidad durante la fase de construcción de la edificación.

Es necesario clarificar la situación que se plantea cuando tiene lugar el otorgamiento del título constitutivo por el propietario único del solar o edificio, concretamente, se trata de determinar si, a pesar del acto formal constitutivo, ha surgido ya la propiedad horizontal o, si queda en situación de pendencia hasta que haya varios propietarios de pisos o locales.

Tal y como se desprende del artículo 2.a) LPH, la normativa se aplica a las comunidades de propietarios de pisos o locales de un edificio que cuente con el título constitutivo al que se refiere el artículo 5. Ese es el supuesto típico de plena aplicación de la Ley, en el que coincide la existencia de varios propietarios de pisos o locales de un edificio con la del título constitutivo de ésta forma especial de propiedad, la propiedad horizontal. Sin la mencionada comunidad de propietarios no es de aplicación esta Ley, aunque el propietario único del edificio haya otorgado el título constitutivo, con el fin de enajenar ulteriormente los pisos o locales. Nada impide al propietario de un edificio, ya esté proyectado, en construcción o construido[547], proceder al otorgamiento del título

[547] Ha sido conceptuada por BADOSA COLL ("La multipropietat com a règim jurídic immobiliari", en *IV Jornades de Dret Catalá a Tossa del 25 al 28 de septiembre de 1986*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, págs. 15 y 16), la propiedad horizontal como un régimen inmobiliario, que consiste en una cualidad del objeto y no un derecho, cualidad que tiene la peculiaridad de que no es de tipo material sino jurídico, con la consecuencia de que se puede constituir aunque no exista el inmueble. El autor señala las siguientes características al régimen de propiedad horizontal: consiste en la transformación del inmueble como objeto del derecho de propiedad, haciéndolo pasar de un objeto único a una pluralidad de objetos; actúa sobre el edificio, clasificando sus elementos según su destino económico, y configurando la relación entre elementos privativos y elementos comunes como de accesoriedad de éstos respecto de los primeros; otorga a los elementos individualizados la cualidad de objetos independientes de derechos reales; no incide en el derecho de propiedad porque no afecta la contenido típico del mismo, así el estatuto privativo, las normas de régimen interior y las obligaciones de cada propietario, afectan al ejercicio del derecho y no al contenido; y en cuanto a la exclusión de la acción de división de los elementos comunes, es consecuencia de la relación de accesoriedad y de su función económica; y es uno de los posibles regímenes del inmueble con locales independientes, junto al régimen inmobiliario de propiedad ordinaria y junto al de propiedad indivisa. Frente a la postura mantenida por dicho autor, queremos resaltar la postura de GARCÍA GARCÍA, que considera que la configuración de la propiedad horizontal como régimen inmobiliario es acertada, ahora bien, su significado no puede limitarse al concepto de cualidad del objeto, sino que para que la idea sea completa, ha de añadirse la especialidad que produce en el contenido del derecho de propiedad, que determina que los Estatutos del régimen y las obligaciones legales existentes entre los propietarios, den lugar a un conglomerado de derechos y obligaciones *propter rem*, que inciden no sólo en el ejercicio de los derechos, sino en el contenido mismo del derecho de propiedad. Teniendo en cuenta lo dicho, resaltar en este sentido el párrafo tercero del número 4º del artículo 8 de la Ley hipotecaria, que considera las reglas de los Estatutos como configuradoras del contenido y ejercicio de esta propiedad. Por ello, el régimen de propiedad horizontal no sólo afecta al objeto del derecho, sino al contenido del derecho de propiedad, determinando que

constitutivo de la propiedad horizontal. Lo que ocurre es que dicho régimen no podrá aplicarse mientras no existe una comunidad de propietarios (más de un propietario) titulares de los respectivos pisos o locales; tampoco podrá aplicarse mientras que el edificio proyectado o en construcción, no esté acabado, al no existir (total o parcialmente) el objeto de la propiedad de cada uno de ellos[548].

Ahora bien, lo anterior no obsta a que quede configurado un régimen inmobiliario determinante de una cualidad jurídica del objeto de propiedad, es decir, que en cuanto a la formación de la pluralidad de objetos de tráfico y a la conexión de elementos privativos y comunes, no cabe duda de que la propiedad horizontal existe desde el principio, aunque haya un solo propietario. Al constituirse el régimen de la propiedad horizontal, el inmueble se transforma, pasando de ser objeto único a una pluralidad de objetos: cada uno de los pisos o locales independientes, tiene efecto multiplicador del objeto de los derechos reales, pero se trata de una descomposición inmaterial, que otorga a los elementos individualizados (pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente) la cualidad de objetos independientes de derechos reales[549].

---

la propiedad horizontal sea una institución compleja (GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", en op. cit., págs. 447 a 450).

[548] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario al artículo 2 LPH", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, op. cit., pág. 24. SOLÍS VILLA, considera que estamos ante un acto preparatorio que anuncia una futura propiedad horizontal, todavía inexistente, y que sólo surgirá de modo efectivo cuando se transmita el dominio de un piso o local (vid. "Comentario al artículo 5 LPH", en *Comentarios a la* ..., op. cit., pág. 123). Como bien dice el último autor citado, al propietario único que otorga el título constitutivo antes de proceder a vender, en modo alguno se le cercenan sus plenas facultades dispositivas, ni sobre el edificio ni sobre los distintos elementos que lo integran; puede, incluso, variar y modificar los elementos comunes y privativos, aunque conviene que ello lo refleje en el título constitutivo; incluso se aumentan sus posibilidades de actuación, así, podrá hipotecar no sólo el edificio en su conjunto, sino también, sólo alguno de los elementos privativos, dejando libres otros; cabe también el embargo de sólo uno o varios pisos o locales. Por su parte GÓMEZ CALLE, no descarta totalmente que se puedan embargar departamentos aislados incluso cuando el propietario único no haya otorgado el título constitutivo ("La significación del título constitutivo...", en op. cit., pág. 1573).

[549] En este sentido GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", op. cit., págs. 453-454. También PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, observa igualmente, como el otorgamiento del título constitutivo por el propietario único produce una desintegración de su patrimonio, es decir, la propiedad del edificio queda desintegrada en tantas propiedades separadas como pisos o locales independientes, desintegración que, si bien no se observa desde su lado interno, sí se advierte desde el exterior, como cada piso o local es objeto de una propiedad independiente, es, separadamente, susceptible de embargo. Ahora bien, mientras sobre uno de los pisos o locales no adquiera derechos un extraño, no entrará en juego el régimen de la comunidad especial sobre los elementos comunes (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, op. cit., pág. 522). Esta misma opinión la mantienen los siguientes autores: GONZÁLEZ CARRASCO, C., "Comentario de la Sentencia del TS de 14 de noviembre de 1997", en *CCJC*, núm. 46, enero-marzo 1998, pág. 276; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., págs. 495-496, 508-509; también en el *Acta del I Simposio sobre propiedad horizontal*, celebrado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante, octubre 1972, Valencia, pág. 44, se reconoce la válida existencia del régimen constituido por el propietario único, que recuerda el mecanismo de las situaciones jurídicas interinas, sin más déficit para su

Por tanto, en el aspecto del objeto del derecho, la propiedad horizontal y su régimen ha surgido ya, sin que pueda hablarse de propiedad ordinaria. Pero en el aspecto organizativo o de colectividad, es decir, el régimen de los órganos de la propiedad horizontal y el régimen de derechos y obligaciones, todavía no ha surgido la propiedad horizontal, por lo que queda en una situación jurídica de existencia, pero pendiente de entrar en funcionamiento, pendiente de completar definitivamente. Así, cuando existe un solo propietario y el edificio se encuentre en fase de construcción, lo que ocurre es que no será aplicable la Ley de propiedad horizontal como estatuto jurídico de una comunidad especial existente sobre un edificio construido, pero sí en todo lo referente al régimen jurídico real del objeto ya multiplicado[550].

El valor del otorgamiento del título constitutivo por el único propietario será el de permitir la enajenación de los pisos o locales, (presentes o futuros) y el de garantizar a los hipotéticos adquirentes el objeto y las características del derecho que adquirirán; especialmente si el título se inscribe en el Registro de la Propiedad. Además, la única forma de que el edificio dividido por pisos acceda al Registro como edificio en régimen de propiedad horizontal, es mediante la constitución del régimen pues, de otro modo, constará como "*edificio en general, aunque pertenezca a varios dueños en dominio pleno o menos pleno"* (art. 8.3 LH).

---

plenitud que el hueco de un elemento personal, cuyo advenimiento completa la relación, produciendo, mientras el círculo se cierra, importantes efectos, como son la existencia del régimen de propiedad horizontal, con su propia estructura jurídica que ya no puede alterarse más que en virtud de nuevas manifestaciones de voluntad; la creación de un nuevo objeto de derecho, constituido por el edificio y sus elementos privativos y comunes, que, funcionan, en cierto modo, como un patrimonio separado en cuanto a las facultades activas y pasivas de disposición, gravamen y embargo.

[550] En este sentido, vid. ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., *La garantía real y la propiedad horizontal*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 23-24: La propiedad horizontal se puede contemplar desde un doble enfoque o aspecto: estático y dinámico. En su enfoque estático se refiere a la propiedad horizontal como estatuto jurídico de bienes existentes. Desde un enfoque dinámico, se contempla como un régimen jurídico en sí mismo considerado. La expresión "régimen jurídico" hace referencia a una forma de organización de derechos colectivos, presentes o futuros, sobre un edificio como término de referencia, inscribible en el Registro de la Propiedad, pero que no constituirá un estatuto pactado de una comunidad, en el sentido del artículo 392 y siguientes del Código civil, en tanto no haya un objeto en copropiedad, aunque tenga constancia registral. En tanto no hay pisos en propiedad, la denominada propiedad horizontal es sólo un "régimen jurídico" (régimen que nace con el otorgamiento del título constitutivo) sin base en una situación de "comunidad específica", que no podrá existir hasta que haya pisos con distintos propietarios. Queda en fase de mero régimen todo situación de prehorizontalidad. Hablaremos de propiedad horizontal como "estatuto de una comunidad específica", en los supuestos de coexistencia de propietarios sobre los diversos pisos (deberán existir, por tanto, unos y otros), estatuto ordenado conforme a un titulo constitutivo y unos estatutos. Sólo en este caso habrá propiedad horizontal en sentido específico y pleno.

C) La existencia física del edificio.

Somos conscientes de que aunque el otorgamiento del título con anterioridad a la terminación del edifico, recoja todos los requisitos, es natural entender, que el mismo no se regirá, todavía, por la LPH, porque es evidente que el mantenimiento y conservación no surgirá hasta que la finca se termine, pero debe exigirse tal otorgamiento desde el inicio mismo de la construcción, para dar cobertura jurídica al proyecto de construcción, fundamentalmente como seguridad jurídica e información ante terceros y como clara referencia registral[551].

Partiendo del artículo 8.4 LH, el edificio como elemento necesario para la constitución del régimen de la propiedad horizontal, se puede encontrar en estas dos situaciones: edificio cuya construcción esté concluida y edificio cuya construcción esté comenzada. Podemos entender, por edificio construido, y a falta de un precepto legal excluyente de dudas y disquisiciones, aquél que tiene física o tangiblemente individualizados ya, los elementos materiales que, como exigencia sustantiva y registral, deben hacerse constar en el título constitutivo de la propiedad horizontal y en el asiento del Registro, de tal forma, que sea perfectamente posible, por la simple observación de la obra realizada y sin necesidad de acudir a planos o proyectos, extraer tales datos físicos[552]. En cuanto al edificio cuya construcción esté comenzada, dentro de esta expresión, deben englobarse, a nuestro entender, tanto los edificios meramente proyectados sobre un solar concreto como aquéllos cuya construcción haya comenzado materialmente.

La doctrina se encuentra dividida en relación a la necesidad de que exista el edificio para poder entender concurrente una situación de propiedad horizontal: frente a los que entienden que es necesario que el edificio esté configurado definitivamente, es decir, construido; existe otra corriente doctrinal que no lo cree preciso. Las diferentes posiciones doctrinales surgen al hilo del estudio de las situaciones de prehorizontalidad.

---

[551] Como dice GÓMEZ CALLE, habrá constitución formal o preventiva, ya que el régimen de propiedad horizontal sólo será plenamente aplicable cuando se concluya la construcción y se transmita el primer piso o local (vid. "La significación del título constitutivo...", en op. cit., pág. 1574).

[552] En este sentido, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Código de propiedad horizontal, (comentarios y formularios)*, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, J., tomo I, Edersa, Madrid, 1997, pág. 356.

a) El edificio como presupuesto necesario.

Hay un primer grupo de autores[553] que consideran que es necesaria la existencia física del edificio para entender constituida una propiedad horizontal, de tal forma que ante el edificio proyectado, es decir, cuando sólo existe un solar sin edificar no es posible hablar de propiedad horizontal, en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, acuden al artículo 8.4, párrafo 1º de la LH, que exige para la inscripción del edificio en propiedad horizontal que esté al menos comenzado; en este sentido, la constancia de los pisos –que no de edificios- proyectados, a que alude el párrafo 2º, ha de entenderse referida a los casos en que la edificación está en marcha. Por ello, la declaración del propietario del solar sobre su propósito de construir una casa en régimen de propiedad horizontal en que están proyectados tantos pisos, carece de trascendencia registral y no conduce a nada[554].

Por otra parte, se argumenta que puesto que la propiedad horizontal es un derecho real, para que nazca es precisa la existencia de un objeto, sobre el cual el titular tenga un poder inmediato; faltando este objeto, el derecho real no puede existir.

b) No es necesaria la existencia física del edificio.

Los hipotecaristas que rechazan pueda acceder al Registro de la Propiedad el edificio proyectado o los pisos o locales en análogas circunstancias, se apoyan para mantener tal inaccesibilidad en que a aquél sólo pueden tener acceso realidades, y no simples o meras ideas o posibilidades. No obstante, a favor de la tesis sobre la inscribibilidad de los edificios simplemente proyectados podemos alegar las siguientes consideraciones:

---

[553] CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., "Propiedad horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción", *RDP*, octubre 1966, pág. 866; LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir", en *RDN*, abril-junio 1967, págs. 294 y ss: Puede pensarse que la inscripción en el Registro de la Propiedad de los pisos proyectados y de las reglas contenidas en el titulo y los estatutos facilitarán, en su día, el mantenimiento y puesta en marcha de la propiedad horizontal. Pero la inscripción previa del proyecto, no tiene virtualidad suficiente para transformar lo que hoy es una cosa imaginaria, un bien futuro, en un bien realmente existente.(...) De admitir tal posibilidad, llegaríamos a consecuencias absurdas, a configurar una serie de relaciones jurídicas sobre fincas imaginarias, con vida puramente conceptual.

[554] Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., "El título constitutivo de la propiedad horizontal", en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, vol. 2, secc. 2ª, 1965, pág. 487.

Si bien del tenor literal del art. 8.4 LH, para entender registralmente constituida la propiedad horizontal, se requiere, al menos, un apunte o inicio de realidad, representada en estos casos, según la normativa registral, por la iniciación de la construcción del edificio, consideramos, a todos los efectos, que debe equipararse el edificio en construcción con el edificio proyectado. Tal apreciación descansa, en que vemos tanta futuridad, cuando sólo existe solar y un proyecto técnico que ha recibido las autorizaciones técnicas y administrativas, como cuando simplemente se han iniciado las obras. Sin olvidar, que la elaboración y aprobación de un proyecto es una etapa fundamental en el proceso de construcción, más relevante, incluso a escala jurídica, que la colocación, por ejemplo, de la primera piedad que pudiera marcar el comienzo de la construcción material. Además, no podemos desconocer que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, que debe ser guía de toda tarea interpretativa, cuanto más anticipadamente accedan al Registro derechos y situaciones de trascendencia real inmobiliaria, mayor protección habrá para los complejos intereses en juego, especialmente, los de quienes adquieren esos futuros pisos y locales[555].

Es de tener en cuenta que, frente a la tesis de que al Registro acceden únicamente realidades, representadas en este especial supuesto conforme al citado art. 8.4 LH, por el edificio en construcción, se encuentra el párrafo segundo del referido precepto y ordinal, en cuyo inciso último se nos dice que en la inscripción del solar o del edificio en su conjunto, "se harán constar los pisos meramente proyectados", lo que, en nuestra opinión, lleva a inquirir por qué al amparo de dicho inciso no se puede autorizar la inscripción de la

[555] JORDANO FRAGA, ("Prehorizontalidad y servidumbre de propietario", en *RDN*, julio-diciembre 1981, págs. 135-136), en pro de la prehorizontalidad, utiliza unas justificaciones, que ÁLVAREZ ÁLVAREZ ("El título constitutivo de la propiedad horizontal", en op. cit., págs. 487 a 489) había esgrimido en pro de la constitución en propiedad horizontal de los edificios con construcción comenzada. La propiedad horizontal es una forma de propiedad tan normal como cualquier otra y el legislador conoce que hay edificios en los que, desde que se pone la primera piedra, se sabe que van a estar siempre en propiedad horizontal, pues tal es el propósito del constructor o constructores, y hasta la edificación responde a tal finalidad. Sabiendo esto, es necesario permitir que su condición jurídica vaya paralela a su destino práctico desde el primer momento y, además, sería inconveniente hacer pasar a la propiedad horizontal por un estado previo de propiedad normal o indiferenciada. Si lo que se busca es una adecuación de la realidad jurídica al destino económico del inmueble, también en el caso de la prehorizontalidad, desde el principio, se pretende por el propietario del suelo la constitución de un régimen de propiedad horizontal para la venta posterior de pisos o locales. El otorgamiento previo a la construcción del titulo constitutivo de la propiedad horizontal resulta funcional con el destino final de los pisos o locales y resulta económico en tanto ahorra su otorgamiento posterior antes de la concurrencia de diversos propietarios.

escritura de obra nueva en construcción y constitución de la propiedad horizontal del inmueble, presentando los planos y proyecto del edificio en conjunto[556].

2.- DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE PUEDE ACCEDER AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

En principio, dado el carácter documental que tiene el título constitutivo y que la inscripción no es presupuesto necesario para su validez, tal y como se encuentra regulado en nuestro Ordenamiento, la redacción del título constitutivo no encuentra límite temporal alguno, pudiendo efectuarse en cualquier momento, e incluso con anterioridad a la existencia del edificio o al comienzo de las obras de construcción del mismo. De hecho, lo aconsejable es que los promotores otorguen el título constitutivo con anterioridad a la publicidad e inicio de cada promoción[557].

Ahora bien, es necesario determinar el momento a partir del cual el título constitutivo va a poder inscribirse en el Registro de la Propiedad, habida cuenta que la institución registral refuerza considerablemente tanto los efectos garantizadores, como los de su eficacia, en cuanto que en virtud de la inscripción el título constitutivo alcanza eficacia incluso frente a terceros. Solamente de esta manera se consigue la realización completa del objetivo que persiguió el legislador al regular la constitución formal de la Propiedad Horizontal, que es el garantizar la publicidad, seguridad y generalidad de este especial régimen de propiedad.

Dado que el art. 8.4 LH, dice que podrán inscribirse como una sola finca y bajo un mismo número los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté

---

[556] FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., "¿Existen Propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?", en *ADC*, fasc. I, enero-marzo 1978, págs. 21- 22. Del mismo autor, *Código de propiedad horizontal*, tomo I, op. cit., págs. 357 y 571. También GÓMEZ CALLE, E., "La significación del título constitutivo...", en op. cit., pág. 1577. También FUENTES LOJO, J. V., *La Ley de propiedad horizontal, después de la reforma de 6 de abril de 1999*, tomo II, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 819. También PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, considera que para la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal no es necesario que la edificación esté concluida, no parece, incluso, que el que no haya edificación alguna, sea obstáculo para la existencia de propiedades separadas sobre el solar cuyo objeto sean los pisos futuros. La figura resulta prevista en el art. 23.1 LPH (cuando hay pacto de subsistencia del régimen no obstante la destrucción del edificio) y es conforme con lo dispuesto en el art. 8.4 LH (propiedad sobre pisos meramente proyectados); aunque, por exigencia de la propia estructura de los derechos subjetivos, el alcance objetivo del derecho de cada dueño irá cambiando con la edificación. (vid. *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, op. cit., pág. 521).

[557] ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., "Comentario al artículo 5 de la LPH", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, op. cit., págs. 111 y 115.

comenzada, los autores se han preguntado hasta qué punto debe estar construido un edificio para que pueda acceder al régimen de la propiedad horizontal y ser dividido horizontalmente.

Al plantearnos esta cuestión, parece que estamos pasando del campo de lo jurídico al campo de los elementos constructivos propio de arquitectos y constructores. No obstante, hay que referirse a este tema para hacer un repaso de los opiniones que se han vertido. Así, mientras que para algunos autores el momento concreto en que se entiende materialmente comenzada una construcción vendría determinada por la fase en la que la obra empieza a elevarse sobre el solar por encima del nivel de la calle[558]; para otros sería precisa la instalación de la denominada cubierta de aguas o fase en la que las diversas plantas que van a ser ocupadas por los pisos, se encuentran estructuralmente delimitadas en su totalidad[559]. Podrían existir también autores que defendiesen que resulta suficiente con la instalación sobre el terreno de las herramientas y máquinas excavadoras, o la colocación del primer ladrillo. Frente a todas estas etapas por las que transcurre la construcción material de las edificaciones, presenta mayor relevancia la fase técnica, como veremos.

Reiteramos de nuevo como el artículo 8.4º de la Ley hipotecaria, exige para la inscripción de la propiedad horizontal que se trate de edificios cuya construcción esté concluida o por lo menos comenzada. Por tanto, el edificio proyectado no parece que pueda ser susceptible de constitución en régimen de propiedad horizontal.

No obstante, habría que distinguir dos supuestos bien diferentes: el edificio meramente proyectado como proyecto futuro del dueño del inmueble, que no deja de ser un propósito sin obedecer a ninguna realidad física ni jurídica; y el edificio proyectado que cuanta con licencia municipal de obras y proyecto de técnico competente debidamente aprobado, es decir, un edificio definido.

Fue DE LA CÁMARA[560] el que planteó esta equiparación, hoy admitida casi unánimemente por la doctrina[561], entre el edificio con licencia y proyecto técnico aprobado

[558] VERGER GARAU, J., "Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal", en *RJC*, enero-marzo 1981, págs. 240 y ss.

[559] CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., "Propiedad horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción", *RDP*, octubre 1966.

[560] "Técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes. Este criterio técnico nos permite establecer con exactitud el momento en que la construcción se ha iniciado. Por el contrario, si nos

y el edificio definido, como concepto básico a efectos de inscripción, siendo tal, el que resulta de planos debidamente aprobados por las autoridades administrativas.

La comparación que estableció el autor referente a la posibilidad de considerar como edificio comenzado el que cuenta con licencia municipal de obras y proyecto de técnico competente debidamente aprobado, quedaba confirmada por el artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, posteriormente sustituido por el artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

El tema actualmente se encuentra regulado en el artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. La finalidad de estas normas es ejercer un mayor control sobre la actuación de los constructores al otorgar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, que en ocasiones había servido antes, para dar revestimiento jurídico a verdaderas ilegalidades en perjuicio de los adquirentes de pisos y locales, creando en contradicción con el proyecto de obra, nuevas unidades privativas a

---

atenemos a la acepción puramente física, nos encontramos ante un callejón sin salida ¿Cuándo podrá, en efecto, considerarse que la construcción, en su dimensión material o física, ha comenzado? Por de pronto, el propio art. 8.4 LH, nos demuestra que no es necesario que haya empezado la construcción de todos y cada uno de los pisos, puesto que permite que en la inscripción del solar o del edificio se hagan constar los pisos meramente proyectados. Así las cosas, la incertidumbre sobre la fijación del momento en que debe considerarse que la construcción ha comenzado, a los efectos de la inscripción del edificio en el Registro, es patente. ¿Bastará que se haya realizado la excavación o vaciado el terreno? ¿Será necesario que, al menos, se hayan plantado los cimientos? Y cualquiera que sea la contestación que demos a estas interrogantes, ¿Qué diferencia sustancial media entre esas hipótesis y la del edificio definido, pero cuya fabricación material aún no ha principiado a acometerse? Parece, pues, obligado, para salir del atolladero, sostener que el edificio definido equivale a edificio comenzado". DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, GARRIDO CERDÁ, y SOTO BISQUERT, "Modalidades en la constitución...", en op. cit., págs. 177-178; DE LA CAMARA ALVAREZ, M., "Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal", en *Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973, págs. 73-74 ; DE LA CAMARA ALVAREZ, M., *Estudios de Derecho Civil. Estudio sobre la propiedad horizontal*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 291-292.

[561] FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., "¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?", en op. cit., págs. 22 y 23; JORDANO FRAGA, F., "Prehorizontalidad y servidumbre de propietario", en *RDN*, julio-diciembre 1981, págs. 134 y ss.; VERGER GARAU, "Algunos aspectos registrales...", en op. cit., págs. 240-241; GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, "La situación de prehorizontalidad...", en op. cit., págs. 939 y ss.; LASO MARTÍNEZ, "La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoración del Suelo de 25 de julio de 1990", en *RCDI*, 1990, págs. 539-540; GÓMEZ CALLE, E., "La significación del título constitutivo...", en op. cit., págs. 1576-1577; LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar...*, op. cit., pág. 51; GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", op. cit., pág. 477; y *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario.* Tomo V, op. cit., págs. 460 a 462; DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Comentario a la disposición adicional única de la Ley 8/1999", en op. cit., pág. 852; ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., "Comentario del artículo 5 LPH", en op. cit., págs. 111-112; GÓMEZ MARTÍNEZ, C. y J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, op. cit. págs. 46-47 y 277 a 280; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, op. cit., pág. 796.

costa de lo que iban a ser espacios comunes. Este punto ha sido desarrollado por el Real Decreto 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. Pues bien, parece razonable pensar que si el legislador hubiera querido que el edificio se hallase en una determinada fase de construcción (más allá de haber obtenido la licencia) para poder acceder al Registro, debería haber exigido al técnico competente que certificara, también, en qué fase se encontraba la construcción del edificio, cosa que no se ha hecho ni en la regulación pormenorizada de este Real Decreto ni en la posterior Ley del suelo de 1998[562].

No hay más requisito para otorgar e inscribir una escritura de declaración de obra nueva y división horizontal que la acreditación de haber obtenido la licencia y la manifestación del otorgante de que está en construcción. Lo anterior se deduce tambien del propio ámbito de competencia y actuación del notario y el registrador. El notario, como asesor y funcionario, tiene que arbitrar los medios jurídicos necesarios para que los particulares consigan los fines lícitos que se propongan (artículo 1 RN), y por lo tanto, su función es controlar la legalidad tanto de los actos que se realizan en sus despachos como de los documentos que se les presenten para autorizar las escrituras; si hay una norma especialísima que determina cuál es la documentación acreditativa de hechos, necesaria para el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva, el notario cumple comprobando la legalidad de la documentación presentada, sin que le sea exigible que compruebe personalmente la situación edificatoria del inmueble. Lo mismo ocurre con los registradores de la propiedad, que realizan su calificación por los documentos presentados y por lo que resulte de los asientos del Registro (arg. art. 18 LH), y no por sus inspecciones personales de la realidad constructiva de las edificaciones. Así, es evidente que en la práctica es suficiente con haber obtenido la licencia de edificación para inscribir la declaración de obra nueva y, en su caso, la división horizontal en el Registro de la Propiedad, independientemente del estado de hecho en que se encuentre la construcción del inmueble.

Hay que reconocer que el artículo 22 de la Ley del Suelo no se refiere expresamente a la inscripción de la propiedad horizontal, sino únicamente a la inscripción de declaración de obra nueva. Ahora bien, este obstáculo es meramente aparente, pues,

[562] GÓMEZ MARTÍNEZ, C., y J., *La Ley de propiedad horizontal*, Aranzadi, op. cit., pág. 280.

desde el momento en que conste inscrita una declaración de obra nueva en construcción, ya existe base registral para la inscripción de la propiedad horizontal conforme al art. 8.4 LH.

También es cierto que el art. 22, alude claramente a dichos requisitos como necesarios para la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva terminada o en construcción, sin aludir a escrituras de declaración de obra nueva proyectada.

Es por ello que para compatibilizar lo dispuesto de modo taxativo en el art. 8.4 LH, que alude al edificio terminado o comenzado, con las exigencias que resultan del art. 22 de la Ley del Suelo, en relación con la declaración de obra nueva en construcción, parece necesario que el titular del inmueble, al hacer la declaración de obra nueva, exprese que el edificio está en construcción, pues así se adapta a los citados artículos 8.4 LH y 22 Ley del suelo, sin perjuicio de que pueda partir, al hacer esa manifestación, de la concepción, hoy mayoritaria en la doctrina, que considera que el edificio está en construcción porque cuenta con licencia municipal y proyecto de técnico competente debidamente aprobado[563].

La interpretación propuesta permite obviar el problema que planteó la Resolución de 13 de mayo de 1987 (RJ 3855), que establecía, "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 (...)". Mantiene MARTÍNEZ SANCHIZ que la doctrina de esta Resolución se podría resumir así: si quieres inscribir, declara que se está construyendo[564]. La única manera de evitar problemas de inscripción, es que el título aluda a la obra en construcción y no en proyecto, pues el concepto de obra proyectada no aparece ni en la legislación hipotecaria ni en la legislación urbanística, que sólo contemplan los supuestos de obra en construcción y terminada[565].

---

[563] GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", op. cit., pág. 477; y *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario.* Tomo V, op. cit., págs. 460 a 462.

[564] MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario de la reforma hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998)*, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pág. 57.

[565] En la misma línea, la Resolución de 5 de noviembre de 1982 (RJ 6941) destaca que no habrá obstáculo para el acceso al Registro de la escritura de división horizontal cuando ella misma contenga la declaración de que en el solar se había iniciado ya la construcción del edificio, aunque no se especifique el estado en que se encuentra cada uno de los pisos y locales, sin que en ningún caso sea suficiente que la construcción esté meramente proyectada. Idéntica exigencia se contiene en las Resoluciones de 18 de abril de 1988 (RJ 3358), y 24 de junio de 1991 (RJ 4659) y, aunque incidentalmente, aparece también mencionada en la de 16 de mayo de 1996 (RJ 3950).

Tales problemas interpretativos no surgirían si existiera un precepto que admitiera la inscripción de obra nueva proyectada de modo expreso, a fin de anticipar la protección del Registro al momento inicial. En este sentido, estimamos que se desaprovechó la ocasión que supuso la reforma operada en el artículo 13 del Reglamento hipotecario por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre (posteriormente derogada por la Sala de lo Contencioso-administrativo, en STS de 31 de enero de 2001 [RJ 1083]), dado que los párrafos de la mencionada norma reglamentaria parecían responder a la idea que la inscripción de la obra nueva requiere que se halle físicamente comenzada; de ahí que el párrafo segundo, salvo pacto en contrario, legitimara al constructor-cesionario del suelo para otorgar la escritura de declaración de obra nueva y propiedad horizontal, no contemplaba la posible inscripción simultánea de la permuta, declaración de obra nueva y división horizontal. El artículo 13 se situaba de esta suerte en un momento anterior a la división horizontal. En lugar de afrontar globalmente el problema mediante la inscripción de obras nuevas proyectadas, se limitaba a dar salida a determinadas cesiones de suelo, lo cual, independientemente del acierto o no de las medidas adoptadas, sólo comportaba una solución fragmentaria[566].

Un argumento adicional a favor de la solución técnica propuesta por DE LA CÁMARA, se encuentra en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que sitúa el comienzo de las obras en la elaboración y suscripción del acta de replanteo[567]. En la legislación estatal aplicable a las obras privadas no existía referencia expresa a la obligación del director de obra de verificar el replanteo. No obstante, siguiendo el modelo ofrecido por la reglamentación administrativa de los contratos de obra[568], en la práctica, era común que el inicio de las obras viniese determinado por el replanteo de la obra, esto es, la comprobación sobre el terreno de la viabilidad geométrica del proyecto de edificación, así como la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, constituyendo el primer paso de la ejecución del proyecto en las obras

[566] MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario de la reforma hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998)*, op. cit., págs. 57 y 58.

[567] ECHEVARRIA SUMMERS, F. M., "Comentario al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal", en op. cit., 1999, pág. 112.

[568] Cfr. los artículos 129 [redactado por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre] y 142 de la Ley de 18 de mayo de 1995, de contratos de las Administraciones Públicas, los artículos 81 y 127 del Reglamento de Contratos del Estado, y las cláusulas 24 a 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por el Decreto 3854/1970 de 31 de diciembre.

de nueva construcción[569]. El replanteo consiste en un conjunto de actos materiales, que los agentes de la edificación llevan a término, para mostrar la posesión y demostrar la disposición real de los terrenos para la ejecución del trabajo, según el proyecto, con idoneidad y viabilidad y, que determina, usualmente, el inicio del cómputo del plazo convenido para que el constructor entregue la obra terminada. Se trata, en definitiva[570], de la operación material técnica a fin de comprobar la exactitud del proyecto sobre el terreno y, con ello, asegurar de modo efectivo, la viabilidad de aquél.

El replanteo de la obra lo hace materialmente el constructor, porque forma parte de la construcción y, firma el acta (art. 11.2.f, LOE). Luego es verificada por el director de obra, que asume así la responsabilidad de que el edificio no quede situado fuera de la finca, debiendo ser suscrita el acta de replanteo por el director de obra y el director de la ejecución de la obra (art. 12.3.b, LOE). Durante mucho tiempo, la comprobación del replanteo se ha considerado como pura actividad técnica, sin trascendencia jurídica, sin embargo, este modo de proceder se ha corregido en los últimos años, ya que se ha evidenciado que la causa de suspensión de muchas obras e, incluso de la resolución de no pocos contratos, se encontraba en que no había tenido lugar el replanteo, que es el momento en que las partes tienen que enjuiciar la viabilidad de las obras[571].

3.- INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN RÉGIMEN DE PREHORIZONTALIDAD.

El artículo 5 LPH señala que el estatuto privativo de la propiedad horizontal, no perjudicará a tercero, si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad. De hecho, la LPH se vio en la necesidad de modificar la Ley hipotecaria regulando la forma de inscripción del edificio, de los pisos y la hipoteca de los mismos. A pesar de esta alta consideración que presenta la LPH hacia la publicidad registral, la inscripción de la propiedad horizontal en el Registro de la Propiedad, no puede considerarse, en principio,

[569] CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 12 de la Ley de ordenación de la edificación", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 246 y 251.

[570] LÓPEZ PELLICER, *Los proyectos de obras municipales. Tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1975, pág. 167.

[571] DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (aspectos administrativos, civiles y penales).* Adaptado a la LOE, Comares, Granada, 2000, págs. 263-264.

como constitutiva del régimen de la misma, si bien, es indispensable para su oponibilidad a terceros, según el precepto indicado[572].

Consideramos que la debida protección de los intereses de los compradores o adquirentes reclama la precisa determinación e individualización del objeto sobre el que recaen sus derechos, lo que sólo puede conseguirse mediante el otorgamiento e inscripción registral de la escritura de división horizontal; en este sentido, GARCÍA GARCÍA[573] propone (sugerencia a la que nos adherimos), con gran precaución, que si bien es cierto que la inscripción de la propiedad horizontal en el Registro de la Propiedad no pude considerarse, en principio, como constitutiva del régimen de la misma, sin embargo, cuando se trata de la inscripción de la prehorizontalidad y del piso proyectado, la inscripción debería tener este carácter. Evidentemente, ninguna norma señala este perfil a la inscripción en esos casos[574]. Pero, también es cierto, que la inscripción de la prehorizontalidad carece de regulación legal, por lo que cabría pensar en la aplicación de la analogía con el derecho de superficie[575] y el de hipoteca, pues los pisos proyectados todavía inexistentes en la realidad

[572] Compartimos plenamente la opinión de RAMS ALBESA, ("Comentario al artículo 3 de la LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*, Ley 8/1999, de 6 de abril, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, págs. 88-89), que manifiesta que los pisos o locales han devenido, realmente, en bienes y, además, inmuebles susceptibles de tráfico independiente porque lo construye la Ley, y lo han desarrollado con innegable habilidad las normas y los titulares de los órganos de la publicidad inmobiliaria. Aunque se diga que los pisos y locales se pueden transmitir al margen del Registro y sea discutible que la inscripción de la finca común y de las fincas independientes *ex lege* sea constitutiva del régimen de la propiedad horizontal, para el autor, éste es uno de los escasos supuestos de nuestro sistema registral en los que encuentra plenamente justificada la inscripción constitutiva.

[573] GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", op. cit., págs. 509 y 510.

[574] Como dice MEDINA DE LEMUS, habría que preguntar a los ardientes defensores de la innecesidad de inscripción del título constitutivo, si no se han apresurado a inscribir, por razones de seguridad jurídica, sus propias titularidades, aun cuando ni siquiera sean en propiedad separada unida a otros elementos comunes, y con más razón, cuando la adquisición que se verifique lo sea en urbanizaciones privadas. Por ello, no puede aconsejarse otra cosa que la inscripción del título constitutivo, por razones de seguridad jurídica, de protección frente a terceros, de financiación de la propia vivienda y de comercialización de la misma, si se quiere enajenar. Así lo entiende el ciudadano en general, y no será fácil convencerle de lo contrario, por más que la defensa de la innecesidad del título constitutivo de la propiedad horizontal y su correspondiente inscripción, sea un ejercicio de laboratorio jurídico, ajena a la realidad ("Retornos al título constitutivo de la Propiedad Horizontal", en op. cit., págs.1174-1175).

[575] El carácter constitutivo de la inscripción registral viene determinado y justificado por la especial naturaleza del derecho de superficie. Se trata de un derecho de difícil exteriorización; cuando no se ha construido, sólo hay posibilidad de informarse de su existencia a través del Registro de la Propiedad, y cuando se ha construido, lo normal es que se presuma que el dueño del suelo es dueño del edificio, por el juego de la accesión; es decir, se entiende que la propiedad del suelo y del edificio son del mismo titular. Por lo tanto, se hace imprescindible para la seguridad del tráfico jurídico la constancia de este derecho en el Registro de la Propiedad, del mismo modo que ocurre con la hipoteca inmobiliaria. Justifican de este modo el carácter constitutivo del derecho de superficie: ROCA SASTRE, R. M.ª, "Ensayo sobre el derecho de superficie", en *RCDI*, 1961, pág. 46; CAMPOS PRORRATA, A., "El renacido derecho de superficie", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XVII, Madrid, 1972, pág. 241; MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J., *¿Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 83, Madrid, 1994, pág. 30; CÁMARA AGUILAR, M. P., "El derecho de

material, se convierten en objetos de derecho, independientes del solar y del edificio, desde el momento que se definen, determinan y publican con la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues se trata de objetos ideales, no materiales, que llevan la cualidad jurídica formal del régimen inmobiliario de propiedad horizontal, en virtud de la inscripción registral y de la apertura de folio, única forma de reconocer su eficacia general *erga omnes* propia de un objeto de derecho real. No obstante, ante la falta de normativa específica sobre la materia, estas manifestaciones han de ser consideradas con mesura, a la espera de lo que decida la doctrina y la jurisprudencia.

No podemos dejar de llamar la atención sobre el despliegue de medidas protectoras contenidas en el articulado de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (LAT), hasta el punto, que la tutela que se dispensa al adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno, resulta mejor tratado que el comprador de un piso en construcción. Es incongruente reforzar la protección de quien sólo arriesga el interés de un periodo vacacional y no la de quien precisa adquirir una vivienda o local, por no mencionar, que el adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno arriesga una cantidad que, comparada con la inversión que realiza el comprador resulta insignificante.

En este sentido, el art. 4, apartado 3, párrafo 1º de la LAT, dice: “El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad”. Notarios y registradores se erigen, una vez más, en garantes de la legalidad. Así, añadiéndose como razón, la tutela de los titulares frente al dueño-promotor, el precepto ha impuesto la escritura pública como formalidad sustantiva o *ad solemnitatem*, de modo que, sin ella, el régimen de aprovechamiento por turno no nacerá a la vida jurídica, hasta el punto que, según el párr. 2.º del propio art. 4.3 LAT, “a los contratos por virtud de los cuales se constituyan o transmitan derechos de aprovechamiento por turno antes de estar válidamente constituido el régimen, se les aplicará lo dispuesto en el art. 1.7 de esta ley”, es decir, la nulidad de pleno derecho.

---

superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual”, en *RCDI*, 1998, pág. 1661; MEZQUITA DEL CACHO, J. L., “El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa”, en *Revista de Derecho Privado*, junio 2000, pág. 462; ALONSO PÉREZ, Mª. T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie...*, op. cit., pág 183-184.

En cuanto a la inscripción[576], la Ley, la impone como imperativa: "y se inscribirá en el Registro de la Propiedad", dice el art. 4.3, p. 1 LAT. Siendo así, ¿cabría suscitar como cuestión si su alcance es además constitutivo o es, en cambio, meramente declarativo? La Exposición de Motivos, explica la escritura pública como "constitutiva", y la inscripción como "obligatoria". Pero este último carácter no se expresa en el sentido de que si no se inscribe, se produzcan sanciones o se articulen medidas supletorias para obtener la inscripción, que es el sentido tradicional de la "inscripción obligatoria", frente a la "inscripción constitutiva", que constituye un supuesto de inscripción indispensable para la eficacia plena del régimen constituido en la escritura.

Según la propia Exposición de Motivos, "con el fin de evitar que se puedan iniciar las transmisiones de derechos de aprovechamiento por turno antes de que tanto el fedatario autorizante como el registrador controlen la legalidad del régimen y se haga público", añadiendo que "así los adquirentes, antes o después de su adquisición, podrán acudir al Registro para recabar la información esencial sobre el régimen al que se encuentra sometida su adquisición, con plena garantía de su adecuación a la legalidad". Por eso, aunque desde el punto de vista teórico, cabría distinguir entre el nacimiento del régimen, a efectos de existencia, que se produce a partir de la escritura pública, y por otro lado, la publicidad registral del régimen ya nacido, sin embargo, desde el punto de vista de las consecuencias legales de la falta de inscripción, la inscripción que este artículo 4.3 señala como imperativa ("se inscribirá") y la Exposición de Motivos denomina "obligatoria", es otro supuesto más de los que la doctrina hipotecarista denomina "inscripciones constitutivas", que, como es sabido, no obedecen a un patrón único, sino a distintas modalidades o grados, que en este caso, se concretan en constituir un complemento necesario para la plena eficacia del régimen constituido en la escritura.

Como excepción a la general exigencia de que el objeto del derecho, especialmente cuando es de naturaleza real, sea actual y presente, la LAT permite lo que podría denominarse "preaprovechamiento", ya que es posible que se constituya un régimen de aprovechamiento por turno sobre un inmueble futuro, sobre una obra en construcción, aunque, por supuesto, estará sometido a mayores requisitos, siendo necesario indicar en la

[576] Sobre este tema, vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, tomo III, Civitas, Madrid, 2002, págs. 244-247. También CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., "Multipropiedad: constitución e inscripción registral en el nuevo aprovechamiento por turno", en *Actualidad Civil*, referencia LXX, 1999; así como la numerosa bibliografía que, sobre este tema, maneja este último autor.

escritura pública de constitución, luego también en la inscripción registral, la fecha límite de terminación de la obra, porque hasta que esto no acontezca y así conste en el Registro, el régimen no se hará efectivo (*cfr*., arts. 3.1 *in fine* y 5, aparts. 1.1.º y 3 LAT).

V.- TRATAMIENTO REGISTRAL DEL PISO PROYECTADO.

1.- POSIBLES SIGNIFICADOS ATRIBUIBLES AL TÉRMINO PREHORIZONTALIDAD.

Lo primero que llama la atención de la prehorizontalidad es, que a pesar de ser una situación muy común en la práctica, carece de regulación legal. Quizá la escasez de preceptos que se ocupen expresamente de esta situación se deba a que se trata de una realidad que tiene vocación de transitoriedad, es decir, que nace para dejar de ser y, convertirse en una propiedad horizontal.

El término "prehorizontalidad"[577], es ambiguo, si bien, en términos muy generales y sin perjuicio de que el concepto no esté definitivamente asentado, acogiendo la visión de DÍEZ-PICAZO[578], se han considerado como supuestos a los que dicha terminología sería aplicable algunos muy diversos que, tendrían en común ser situaciones jurídicas en que el régimen de propiedad horizontal todavía no se ha constituido plenamente, pero en las que ya se ha manifestado la voluntad de los interesados de hacerlo, iniciándose el *iter* jurídico adecuado, por lo que habrían de entenderse comprendidos los casos de pluralidad de propietarios de unidades independientes de un edificio en que no se ha otorgado la escritura de división horizontal[579], los de edificios que todavía están en construcción,

[577] VÁZQUEZ-BOTE, atribuye a la doctrina jurídica argentina el mérito de haber proporcionado a la ciencia del Derecho el concepto de *prehorizontalidad*. Este concepto es expresivo de un acuciante problema, que se encuentra en la ausencia de garantías suficientes de que disponen los adquirentes de viviendas y, en general, de inmuebles, en logro de su expectativa de prestación, principalmente en los casos de compraventa con precio aplazado del departamento proyectado o en construcción, (vid. VÁZQUEZ-BOTE, E., "Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del derecho. Exigencias de un una nueva normativa jurídica", en *RCDI*, núm. 573, 1986, pág. 218). También encontramos alguna referencia a la prehorizontalidad en MANZANO FERNÁNDEZ, Mª. M., *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 131.

[578] DÍEZ-PICAZO, L., "La llamada prehorizontalidad y su proyección registral", en *Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1978, pág. 139.

[579] Este supuesto se correspondería con el que aparece mencionado en el artículo 2. b) LPH como consecuencia de la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, que señala que la Ley de propiedad horizontal será de aplicación a las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 CC, aunque no hubiesen otorgado el título constitutivo.

aunque ya exista la pluralidad de propietarios, y aquéllos en que, precisamente falta el requisito subjetivo, aun habiéndose otorgado el título constitutivo y estando concluida la construcción, porque la totalidad del inmueble sigue en manos de un propietario único[580].

Acaso sea más oportuno calificar el primer supuesto aludido de "propiedad horizontal de hecho", pues tan sólo le falta el revestimiento jurídico que entraña el título constitutivo, y reservar, como han hecho autores como DE LA CÁMARA[581], el concepto de prehorizontalidad únicamente para las situaciones jurídicas en que un edificio está en fase de construcción y es preciso ordenar y tutelar los derechos de los adquirentes de los pisos o locales.

La prehorizontalidad, constituye una materia en la que contrasta la existencia de una detallada regulación jurídico-pública –que va, desde la planificación urbanística, hasta la determinación del régimen de licencias y cédulas de carácter administrativo a obtener en el curso de la construcción, pasando por las condiciones de seguridad en las que habrá de desarrollarse ésta-, con una casi carencia absoluta de regulación jurídico-privada. Se crea,

---

[580] Las fuentes principales, a través de las cuales surge en nuestro tráfico jurídico la situación de prehorizontalidad, se reducen esencialmente a tres. La primera de ellas, tiene lugar cuando la persona, natural o jurídica, que acomete la construcción del edificio se propone venderlo por departamentos. Raro es el caso de que el constructor espera a que el edificio esté terminado para iniciar las ventas. Lo normal es que trate de buscar durante la construcción, o incluso antes que el edificio empiece a fabricarse, los compradores, quienes al pagar en el momento de la celebración del contrato y después, es decir, en el curso de la edificación, una cantidad a cuenta del precio, financian con sus propios recursos una parte al menos importante del importe de la construcción. La segunda fuente tiene marcado carácter asociativo. Las personas a quienes interesa ser copropietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal, bien para vivirlo bien para explotarlo, actúan colectivamente y abordan directamente la construcción del inmueble. El vínculo asociativo puede articularse de diversas formas y los particulares unirse espontáneamente o merced a la gestión de un intermediario, que es el promotor de comunidades; la actuación directa y conjunta de los copropietarios obedece a propósitos perfectamente claros y racionales: reducción del precio de costo y afán de contar con un edificio hecho más o menos a la medida de las aspiraciones de cada cual. Por último, es también frecuente el cambio de suelo por vuelo. El dueño del solar conviene con un constructor la cesión de aquél a cambio de que el segundo construya sobre él un edificio, que se repartirá entre ambos por pisos. Esta combinación permite al propietario del terreno servirse de él, aunque no disponga de los recursos técnicos ni financieros, para construir, y ofrece al constructor la posibilidad de emplear su equipo, su material, sus hombres y su dinero, sin necesidad de soportar el desembolso que representa la compra del solar. Para una visión más extensa de tales supuestos, vid. DELGADO TRUYOLS, A., *La propiedad horizontal: su régimen jurídico. El desarrollo moderno de los complejos inmobiliarios*, publicado en la colección Cuadernos notariales núm. 4, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1998, págs. 12 a 24; también GÓMEZ MARTÍNEZ, C. y J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, op. cit., págs. 44 a 51; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas", en op. cit., págs. 9 y ss; MUÑOZ DE DIOS, G., "El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas", en *Revista de Derecho Privado*, 1981, pág. 1064; DE LA CAMARA ALVAREZ, M., *Estudios de Derecho Civil. Estudio sobre la propiedad horizontal*, op. cit., págs. 287-288. Véase igualmente, SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J., GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las garantías de los adquirentes de viviendas...", en op. cit., págs. 83 a 86.

[581] DE LA CAMARA ÁLVAREZ, "Insuficiencia normativa de la Ley de propiedad horizontal", en op. cit., pág. 139.

así, una situación de enorme inseguridad jurídica en un ámbito social y económico tan importante como es el representado por la adquisición de vivienda. También son escasas, por no decir nulas, las referencias que la LPH, hace a las situaciones de prehorizontalidad. Esta laguna fue, durante años, uno de los caballos de batalla utilizado por quienes reivindicaban la necesidad de una reforma global o general de la Ley y no el recurso fácil de las reformas parciales, como era práctica habitual. Sin embargo, no podemos disimilar la sorpresa que nos causa comprobar, que cuando por fin, parece que nuestro legislador se ha decidido a realizar una modificación legal de cierta consideración (Ley 8/1999), de nuevo, omite por completo las cuestiones relativas a la fase de prehorizontalidad, cuya importancia es esencial para el futuro desarrollo de la comunidad.

En cualquier caso, el estudio de la situación de prehorizontalidad en nuestro Ordenamiento, debe partir del artículo 8.4 LH, en el que se consagra la posibilidad de que se inscriban en el Registro, como una sola finca y bajo un mismo número, los edificios en régimen de propiedad por pisos, cuya construcción esté concluida, o por lo menos, comenzada. Este precepto supone que se abran las puertas del Registro para todos aquellos actos de trascendencia real que se refieran a una concreta edificación, señalando como requisito indispensable la circunstancia del comienzo de la construcción.

2.- TRATAMIENTO REGISTRAL DE LA PREHORIZONTALIDAD.

Las precisiones que realiza GARCÍA GARCÍA[582] sobre el término de la prehorizontalidad, nos parece que plasman perfectamente el doble enfoque que admite esta problemática y su posible encuadre dentro de la normativa existente.

Por un lado, el término se puede aplicar a aquellas situaciones anteriores a la constitución –registral- del régimen de propiedad horizontal, es decir, cuando registralmente la finca aparece como un solar, si bien, es posible que en el folio general del solar, se haga mención al piso meramente proyectado o futuro. En esta situación de prehorizontalidad, caben negocios sobre el piso futuro, pero no la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal (para lo que es necesario que el edificio esté concluido o comenzado, técnicamente). Comprendería aquellos supuestos de la permuta de solar a cambio de pisos futuros, sin estar todavía constituida la propiedad horizontal, que se regulaban en los párrafos anulados del articulo 13 del Reglamento hipotecario, y que se

[582] GARCÍA GARCÍA, J. M., “Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria”, en op. cit., pág. 481.

traducían en una comunidad especial entre cedente y cesionario. Existe numerosa jurisprudencia, que si bien no hace referencia expresamente a la prehorizontalidad, se desarrolla en esa etapa en la que el promotor de una futura edificación procede a la venta en documento privado de las futuras unidades privativas, sin que exista reflejo registral ni de la declaración de obra nueva ni de la división horizontal, originándose un problema añadido como es determinar quién está legitimado para proceder al otorgamiento del título constitutivo de tal régimen, unido a la circunstancia, de que registralmente, el tracto sucesivo sólo habilita para ello al que aparezca como titular registral del solar.

Desde otro punto de vista, la prehorizontalidad sería aquella situación jurídica en que se constituye registralmente la propiedad horizontal del inmueble, pero con la particularidad de que todos los pisos y locales o algunos de ellos, sólo están definidos en el proyecto con licencia, o ya en fase de construcción, pero sin existir en la realidad física, aunque sí en la realidad jurídica como objetos de derecho y susceptibles de abrir folio registral autónomo. Esta segunda acepción es la acogida por JORDANO FRAGA[583] que considera que prehorizontalidad en sentido estricto, es la constitución del régimen de propiedad horizontal con anterioridad al inicio de la construcción del edificio o edificios y su acceso al Registro de la Propiedad.

El punto de inflexión entre ambas viene representado por el acceso al Registro de la declaración de obra nueva y el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal, a partir de este momento se puede hablar de la existencia de un régimen de propiedad horizontal en "prehorizontalidad".

A) Constitución del régimen de la propiedad horizontal sobre un edificio proyectado o en construcción, estableciéndose el piso proyectado como finca registral independiente.

La prehorizontalidad como constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio en fase de construcción todavía no terminada o meramente proyectada, permite, desde el punto de vista registral, que aun cuando los pisos y locales puedan carecer de realidad material o física, pueden constituir ya fincas registrales independientes, conforme al número 5 del artículo 8 LH, y por tanto, ser susceptibles de constituir objetos

[583] JORDANO FRAGA, F., "Prehorizontalidad y servidumbre de propietario", en *RDN*, julio-diciembre 1981, pág. 134.

individualizados sobre los que hacer recaer derechos reales[584]. De aquí se desprende que, aunque los pisos que son objeto de folio independiente y de tráfico jurídico quizá no estén todavía construidos no puede hablarse estrictamente de un objeto futuro, ya que en último término se reconducen a una cuota en el solar como realidad tangible en el edificio en construcción o simplemente en proyecto[585].

Encontramos una tendencia a calificar como tales, las situaciones de construcción simplemente proyectada o ya iniciada pero no concluida de un edificio o conjunto de edificios, en las que se pretende, como pone de relieve la Resolución de 21 de octubre de 1980 (RJ 3790), "garantizar, mediante la publicidad de los libros registrales, la previsión de un futuro incierto".

También la Resolución de 5 de noviembre de 1982 (RJ 6941), se hace eco de esta situación de prehorizontalidad que aparece centrada esencialmente en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto. Se trataba de una escritura de declaración de obra nueva y división horizontal en la que se decía que sobre un solar propiedad de la sociedad, estaba en periodo de construcción un edificio cuyas obras habían comenzado.

Además, la Resolución destaca "la necesidad de publicidad registral de esta situación en beneficio de los adquirentes y evitar los riesgos que comporta: conlleva un gran interés para los adquirentes de departamentos o locales, futuros cotitulares del

[584] Esta interpretación no siempre fue admitida plenamente. Un antecedente fue la Ley de 26 de octubre de 1939, que permitió inscribir como fincas independientes los pisos meramente proyectados. La doctrina consideró dicha posibilidad como algo anómalo, pues si bien cabe admitir que respecto a un edificio aún no comenzado, se determine la futura división por pisos en proyecto, es inadmisible que se abra un folio en el Registro para hacer constar una finca inexistente y, que quizá no llegué nunca a tener realidad, se consideró que el derecho al piso proyectado se refiere a algo que no tiene entidad real y que no deja de ser una anomalía mencionar lo que es sólo constitutivo de una relación obligatoria, siendo así que este tipo de menciones ha sido suprimida en la Ley Hipotecaria (vid. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo II, Madrid, 1955, pág. 236; también *Comentarios a la nueva Ley hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 68-69). Por el contrario, BATLLE VÁZQUEZ, sostenía que esta opinión era equivocada, porque el aspecto de derecho real se muestra en la limitación que supone con respecto al solar y a la parte de edificio construido. Porque si es verdad que no tiene contenido real el derecho a un piso *si se construyere*, el piso proyectado es ordinariamente un piso que *se ha de construir* y grava la parte material existente en términos muy semejantes si no idénticos, al derecho de superficie o al derecho de sobreelevación cuya inscripción está reconocida en el art. 16 RH (BATLLE VÁZQUEZ, M., "Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad", en *RCDI*, núms. 394-395, marzo-abril 1961, pág. 421). El texto refundido de 8 de febrero de 1946, suprime la inscripción separada del piso proyectado, permitiendo que en la inscripción del solar o del edificio se hagan constar los meramente proyectados.

[585] Por ello, no parece que pueda aplicarse la prohibición de donar bienes futuros a los pisos de la prehorizontalidad inscrita, ya que, en todo caso, la donación se centraría siempre en la realidad actual que se acaba de mencionar. Conclusión que extrae GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", en op. cit., pág. 482.

edificio, en cuanto que en esta fase se determina el propio objeto adquirido con sus características físicas y límites, los derechos sobre el mismo, así como el régimen estatutario que regulará la futura comunidad o la fijación de la cuota de participación que corresponda a cada piso o local e igualmente la responsabilidad hipotecaria ya distribuida por cada finca independiente de las que van a existir en el edifico en caso de haberse constituido garantía real por los créditos percibidos para la construcción, y todas estas circunstancias permanecerán sin la suficiente publicidad con los riesgos que ello comporta, si no pudieren tener acceso al Registro de la Propiedad, que es la institución adecuada para darles a conocer a los terceros, lo que lógicamente ha de tener lugar, si no existe norma legal que lo impida, a través del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal".

En la medida en que conste registralmente la división horizontal del edificio, los pisos meramente proyectados son susceptibles de abrir folio registral[586] conforme establece el artículo 8.5 de la Ley hipotecaria, el principal problema que surge en esta situación de prehorizontalidad, es determinar en qué momento se ha de entender adquirido el piso futuro, a efectos de obtener su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que la inscripción a favor de los adquirentes de pisos en construcción es una medida muy deseable como protección de los consumidores inmobiliarios, pues permite el acceso de las titularidades al Registro en un momento especialmente peligroso para los adquirentes, en que pueden existir embargos o ejecuciones hipotecarias para el constructor del edificio y en que permite que quede definido el derecho de propiedad de los adquirentes de pisos futuros como garantía de los mismos.

[586] Si bien para nosotros no cabe duda de lo dicho, no es unánime la doctrina, sirva a título de ejemplo la postura de DÍEZ-PICAZO: "según el art. 8.4 LH, pueden inscribirse en el Registro, como fincas independientes, los edificios en régimen de propiedad por pisos, cuya construcción esté por lo menos comenzada. Ello significa que para que la situación tenga acceso al Registro, es preciso que la construcción esté comenzada, pero que en cambio los pisos pueden estar simplemente proyectados. Podríamos sacar la conclusión de que el piso meramente proyectado de un edificio cuya construcción está comenzada, puede ser ya finca registral independiente, pues según el art. 8.5 LH, para constituir a los pisos o locales en fincas independientes basta que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución del régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, a nuestro juicio, quizá fuera más prudente defender la solución contraria. Mientras el edificio está en construcción, los pisos meramente proyectados se hacen simplemente constar en la inscripción del solar o del edificio en su conjunto. Para constituir los pisos o locales en fincas registrales independientes es menester que estén ya construidos, pues otra cosa equivaldría a admitir fincas registrales carentes de existencia real"; (vid. "La llamada prehorizontalidad y su proyección registral", en op. cit., págs. 139-140).

B) Situación previa a la constancia registral de la propiedad horizontal, cuando el piso proyectado sólo puede aparecer como término de referencia en el folio general del solar.

Partiendo del último inciso del párrafo segundo del artículo 8.4 de la Ley hipotecaria que declara la posibilidad de que la propiedad horizontal se puede constituir sobre edificios en construcción o terminados, nos encontramos con la siguiente declaración, "en la inscripción del solar o del edificio en su conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados". ¿A qué pisos proyectados se refiere este precepto[587]?

No parece que pueda referirse a los pisos meramente proyectados de un edificio en construcción constituido en régimen de propiedad horizontal, pues estos pisos no sólo son susceptibles de constancia en el folio del solar o del edificio en su conjunto, sino también en su propio folio independiente, pues constituyen entidades autónomas del régimen de propiedad horizontal.

Nos encontramos ante aquellas situaciones que pueden plantearse con anterioridad a la constitución del régimen de la propiedad horizontal, cuando en el folio general del solar se hace mención al piso meramente proyectado o futuro[588].

Pensamos que es evidente que la simple declaración de pisos proyectados por parte del propietario del solar que va a construir, no genera ningún tipo de derecho real por falta de consistencia y autonomía ni genera relación obligatoria alguna por falta de sus elementos sustantivos fundamentales. En tal sentido, su declaración no alcanza sustantividad jurídica alguna y su constancia en el Registro no pasa de mera indicación.

La cuestión en este orden de ideas no cambia cuando la declaración de pisos proyectados funciona como base de una relación jurídica concertada con terceros, respecto

---

[587] También CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, mostró su perplejidad ante esta referencia legal a los pisos meramente proyectados, considerando que si se aplica en términos generales, se trataría de una declaración de intenciones o propósitos que ni siquiera alcanza a tener la categoría de derecho personal, por lo que no sería inscribible en el Registro. Por ello, este autor entendió que debía referirse a los supuestos del artículo 16 RH, esto es, a aquellos casos de constitución del derecho real de vuelo o de superficie, en que, al referirse a los pisos proyectados, podrían ser susceptibles de constancia registral al inscribir tales derechos reales en el folio del solar o del edificio en su conjunto (CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., "Propiedad horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción", *RDP*, octubre 1966, pág. 871).

[588] GARCÍA GARCÍA, distingue este doble enfoque de la prehorizontalidad, calificando también como tal, al supuesto que pasamos a comentar *(vid.* "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", op. cit., pág. 481).

de tales pisos en proyecto. En su aspecto puramente registral, creemos[589] que es categórica la afirmación legal de que los pisos meramente proyectados no se pueden inscribir en el Registro, su constancia no pasa de mera indicación, sin trascendencia, ni valor de autonomía. No son propiedades horizontales separadas e independientes del edificio, y por tanto, conforme a las bases de nuestro sistema hipotecario de especialidad y publicidad, no puede jugar para ellos la inscripción de los contratos que a ellos se refieran, pues el tracto sucesivo reclama como requisito necesario que consten previamente inscritos como tales propiedades separadas e independientes, y los pisos proyectados no lo están.

Para que sean posibles las inscripciones de los contratos sobre los pisos del edificio por construir es necesario que conste en el Registro de la Propiedad la inscripción de la declaración de obra nueva en construcción y en régimen de propiedad horizontal, y entonces son posibles las inscripciones de tales contratos, al serlo de pisos en construcción pendientes de terminar. Mientras tal no se produce, los pisos proyectados carecen de relevancia registral y están condenados a no habilitar el tracto sucesivo para ellos, por el anonimato general y lógico a que los tiene condenados el texto legal.

Con todo, son varias las Resoluciones de la Dirección General que han admitido la constancia registral de los pisos meramente proyectados en el folio general del solar o del edificio, no estando constituida todavía la propiedad horizontal.

Es el caso de la RDGRN de 18 de abril de 1988 (RJ 3358) que ha interpretado la referencia legal a los pisos meramente proyectados como comprensiva no sólo de los supuestos del artículo 16 RH, sino también de aquellos pactos entre los dueños del solar en que los pisos proyectados "pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca tienen los titulares registrales, como para hipótesis análogas prevé la misma Ley (*cfr*. artículo 21-1 –se corresponde actualmente con el artículo 23 LPH- pacto en contrario de la LPH)." Pero la Resolución hace esta interpretación, no para permitir la inscripción de la constitución en régimen de propiedad horizontal de los pisos proyectados, sino para permitir en el futuro la inscripción a nombre de los respectivos propietarios del solar en pro indiviso, de los pisos respectivos como construidos directamente por cada uno, sin pasar previamente por la inscripción en pro indiviso de los pisos.

[589] En el mismo sentido, vid. MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, op. cit., págs. 12 a 14.

Particularmente importantes por la extraordinaria frecuencia con que en el tráfico jurídico se realizan compraventas de pisos o locales en edificios cuya construcción todavía no se ha iniciado, puesto que permite que en el Registro consten tales derechos como fundamento de la protección de los adquirentes son las Resoluciones de 24 junio (RJ 4659) y 25 de junio de 1991 (RJ 4660), que permiten el acceso al Registro de las anotaciones preventivas de demanda relativas al otorgamiento de escritura pública de venta de una vivienda y dos plazas de aparcamiento y trastero, estando todavía la finca inscrita como solar, sin que hubieran tenido acceso al Registro ni la declaración de obra nueva ni la división horizontal, pues los pisos y locales ya vendidos en documento privado pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca pudiera tener el demandante si el Juez estima la demanda. Además servirán para dar a conocer a eventuales terceros la existencia del litigio entre el comprador y vendedor, lo que incidirá en la tutela del primero, aunque su adquisición se hubiese realizado en documento privado y precisamente se solicitase al juez el reconocimiento de su derecho dominical y el otorgamiento de escritura pública.

Por su parte la RDGRN de 17 de julio de 1998 (RJ 5973), prevé incluso la posibilidad de inscribir en el Registro la constitución de un régimen, al que se le da el nombre de “prehorizontalidad”, sobre dos fincas, de las que son propietarios en comunidad por cuotas los otorgantes, manifestando su propósito de construir una edificación y de constituir un régimen de división horizontal cuando aquélla esté concluida, expresando los elementos privativos de que dispondrá, asignando a cada condueño, en pago de sus cuotas, alguno de estos elementos privativos, siempre que se haga constar en el folio del solar y sin que, en tanto la construcción esté concluida o por lo menos comenzada, se pueda hacer constar que sobre cada departamento o local exista una propiedad separada, ni ningún régimen de propiedad horizontal. Y vuelve a reiterar, que desde que existe tal acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y el destino de cada vivienda, garaje o trastero, pueden al menos constar los pisos proyectados como términos de referencia de los derechos que sobre la finca tienen los titulares registrales.

En el tema que estamos comentando, merece destacarse la RDGRN de 16 de mayo de 1996 (RJ 3950), que subraya como el hecho de que se haga constar en la escritura pública de permuta que la promotora se obliga a entregar al cedente del solar cinco fincas en un determinado plazo a contar desde tal otorgamiento, lo que habría de verificarse a

través de la correspondiente acta notarial, no ha de interpretarse como exclusión por voluntad de las partes del efecto traditorio de la escritura pública en el sentido del artículo 1462.2 CC, sino como una regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor. En consecuencia, y ello es el núcleo de su doctrina, el derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir –antes de la declaración de obra nueva y división horizontal-, 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 de dominio si éste se otorga en escritura pública. Hechas, desde el punto de vista sustantivo, tales afirmaciones que descartan la vieja teoría de que, sea por compraventa, sea por permuta, el que adquiere un piso todavía no construido es simplemente titular de un *ius ad rem*, y no de un *ius in rem*, un segundo aspecto a tomar en consideración es, evidentemente, la forma de dejar constancia registral de ese derecho real sobre los pisos que corresponde al cedente del solar, pues es sabido que tal reflejo tabular es esencial para garantizar la protección del mismo, en particular frente a actos dispositivos del constructor.

En este sentido, el Centro Directivo, poniendo de relieve que sin haber sido inscrita la escritura de división horizontal no pueden abrirse folio registrales independientes para cada uno de los pisos o locales del edificio (art. 8.5 LH), entiende que la forma más adecuada de asegurar la constancia de los que se construyan, es su inscripción inmediata en el folio de la finca que registralmente aparece todavía como solar, de manera que, cuando se inicie la construcción del edificio, se inscriba la constitución de la propiedad horizontal y se abran los diferentes folios separados a las unidades independientes del mismo, estas inscripciones se harán ya a nombre del primitivo dueño del solar que cedió éste recibiendo como contraprestación los pisos, sin que sea necesario inscribirlos primero a nombre del constructor, realizando con posterioridad una segundo inscripción de dominio a favor de los adquirentes.

De acuerdo con las Resoluciones mencionadas, cuando el régimen de propiedad horizontal no está constituido, los pisos meramente proyectados aparecerán como “términos de referencia” en la inscripción del solar. Ahora bien, qué significado debemos darle a tal expresión, cuál es la eficacia de este termino de referencia, sobre el tracto

sucesivo, la fe pública, el cierre registral, o el principio de especialidad del artículo 13 LH, cómo ha de afectar a la futura inscripción del piso o local privativo[590].

Acerca de cuál sea el significado que conviene darle a tal expresión, ALONSO PÉREZ[591], ofrece una peculiar interpretación de la expresión "término de referencia", que se utiliza en las RRDGRN de 18 de abril de 1988 (RJ 3358) y 17 de julio de 1998 (RJ 5973). En un principio, en estas resoluciones, parece negarse que el comunero del suelo con respecto al cual ya se ha determinado perfectamente el piso a construir que se le atribuye, sea titular de un derecho de propiedad separado, puesto que se dice "... en tanto la construcción no esté concluida o comenzada, no podrá hacerse constar en el Registro que existe sobre cada vivienda, garaje o trastero, todavía en proyecto, una propiedad separada". Sin embargo, se afirma, que desde que exista acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda, el piso proyectado puede hacerse constar como término de referencia de los derechos que sobre la finca tienen los titulares registrales.

Probablemente el Centro Directivo no haya querido decir con estos pronunciamientos que los comuneros de esta finca tienen un derecho de propiedad sobre el volumen de espacio vacío que ocupará el futuro piso. Sin embargo, en la medida en que se alude a que esos pisos sirven de término de referencia del derecho que tienen sobre la finca sus propietarios, cabe interpretar, dado que el derecho que tienen sobre la finca es de

---

[590] CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996", en *CCJC*, núm. 43, enero-marzo 1997, pág. 72.

[591] Respecto de los derechos de sobre y subedificación, se ha considerado por cierto sector doctrinal que estos derechos otorgan a su titular un derecho de propiedad desde que se constituyen, mientras que otros, consideran que se trata de derechos reales sobre cosa ajena, que sólo cuando se ejercitan otorgan un derecho de propiedad a su titular. El problema se centra en determinar la naturaleza que tienen esos derechos en el momento previo a la realización efectiva de la construcción, ya que una vez realizada la sobre o subedificación, todos convienen en afirmar que su titular adquiere un derecho de propiedad separado sobre lo construido, además de una cuota parte sobre el solar. Sobre este tema, ALONSO PÉREZ se plantea si cabría la posibilidad que las partes configuraran los derechos de sobre y subedificación con acuerdo de transmitir la cuota del solar en el momento en que se constituye el derecho; de admitir dicha posibilidad, cabría hablar en estos casos de derecho de propiedad sobre el espacio vacío que, en su momento, ocupará la sobre o subedificación. La autora no afirma la existencia de un derecho de propiedad sobre el espacio totalmente desvinculado de la propiedad del suelo, porque entiende que dicha posibilidad no la contempla nuestro Ordenamiento jurídico, ni la doctrina, ni la jurisprudencia quieren verla recogida en el Derecho positivo, seguramente en base a la inseguridad jurídica que la admisión de tal posibilidad podría generar. Cuando habla de la propiedad del espacio, se está planteando si el titular de un derecho de sobreedificación o de subedificación al que se le ha transmitido una cuota del suelo, tiene sobre el espacio afectado por ese derecho a sobre o subedificar un poderío similar al que el derecho de propiedad sobre un inmueble otorga sobre el espacio vacío que lo circunda (vid. ALONSO PÉREZ, M.ª T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, págs. 265 y ss.).

propiedad, que, aún sin pretenderlo, se está dando cabida a que el objeto del derecho de propiedad que tienen sobre la finca no sólo abarca la cuota del suelo detentado en comunidad, sino algo más. Ese algo más, para la DGRN es el piso proyectado, el cual, tiene ya una ubicación geográfica en el espacio. En opinión de la autora, se trasluce en estas resoluciones un cierto reconocimiento (probablemente no pretendido) del derecho de propiedad sobre el espacio vacío que ocupará el piso ya determinado.

3.- LA SITUACIÓN DE PREHORIZONTALIDAD CONTENIDA EN EL DEROGADO ARTÍCULO 13 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

El Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre da nueva redacción al artículo 13 del Reglamento hipotecario, regulando el acceso al Registro de la Propiedad de la cesión de solar por edificación futura. Esta norma se inserta en un proceso de actualización de nuestra legislación, en materia inmobiliaria, integrado por algunos preceptos de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la Ley 6/1998, de 13 de abril sobre régimen del suelo y valoraciones, la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de propiedad horizontal 49/1960, de 21 de julio, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias y, finalmente la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación. Algún autor[592], ha considerado que, quizá hubiese sido más conveniente, como solución alternativa a la propuesta por el parcialmente derogado artículo 13 RH, adoptar las medidas del Derecho francés[593]. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que si bien, en dicho país tienen una regulación específica que pretende proteger al adquirente en la venta de inmuebles en construcción, en cuanto a la

[592] MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 8, Navarra, 2002, pág. 134: la autora considera que la solución propuesta por la Ley catalana, 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca a cambio de construcción futura, se aproxima a la regulación existente en el Derecho francés, en el tema de la venta de inmuebles a construir. También PLANA ARNALDOS, M.ª C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 319 y ss.

[593] El régimen general existente en el Derecho francés es el sistema consensualista de transmisión del dominio. La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por efecto de las obligaciones (artículo 711 del *Code civil*). Aunque el precepto no lo diga expresamente, entiende la doctrina que la transmisión de la propiedad de una cosa futura requiere, además del consentimiento de los contratantes, que dicha cosa venga a existencia. Pero la venta de inmuebles a construir está sujeta a un régimen específico, desde la aparición de la Ley núm. 67-3, de 3 de enero de 1967, en virtud de la cual el *Code* prevé, en los artículos 1601-1 a 1601-4, dos modalidades de venta de inmuebles a construir, la venta a término y la venta en estado de futura terminación. En la venta a término, la transmisión de la propiedad tiene lugar *ipso iure* por la constatación en acto auténtico de la terminación del inmueble, produciendo la transmisión efectos retroactivos, desde el día de la conclusión del contrato. Y en la venta en estado de futura terminación, el vendedor transfiere inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo y la propiedad sobre las construcciones existentes, mientras que las obras futuras las adquiere el comprador a medida que se van realizando

transmisión de la propiedad, existe cierta polémica, sobre si debe aplicarse tal regulación a la cesión de solar a cambio de pisos. Si bien la doctrina se ha mostrado dividida sobre este tema, parece mayoritaria la postura que excluye la adquisición de los pisos por el cedente del solar de la regulación prevista para la protección del adquirente en materia de venta de inmuebles a construir, pues se considera que el cedente, se encuentra frente al constructor, en una situación más ventajosa que el simple comprador de vivienda futura. Aunque la cuestión no está totalmente resuelta, ya que, por otro lado, también es verdad que el cedente ha cumplido íntegramente las obligaciones que le corresponden (transmisión del suelo), en virtud del contrato, antes de que comience la edificación[594].

El tenor originario del artículo 13 RH[595] se basaba en una distinción de las modalidades que el contrato de cesión de suelo por obra puede adoptar, para determinar cuál debía ser el régimen de constancia registral de esta figura. El criterio distintivo era el objeto del contrato y, en concreto, el hecho de que las partes hubiesen o no querido, una transmisión actual de los pisos futuros que el cesionario debía entregar. Este precepto viene a dar respuesta a la polémica cuestión de la posibilidad de transmitir la propiedad de los apartamentos al cedente, en el mismo momento en que se transfiere el dominio del solar al constructor, por medio de la escritura pública de permuta o de compraventa en que se documenta el contrato. Efectivamente, con anterioridad a esta reforma del Reglamento hipotecario, se había discutido, largamente, en la doctrina el momento y los requisitos necesarios para poder considerar al cedente como propietario de los pisos, especialmente, a los fines de su acceso al Registro de la Propiedad. En muchas ocasiones se entendió, por algunos autores y la propia jurisprudencia, que tal posibilidad resultaba inviable, debido a la inexistencia física del edificio en el momento de la celebración del contrato.

---

[594] LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 33 a 35.

[595] Para comprender el artículo 13 RH, hay que remontarse al artículo 8.4 LH, redactado con ocasión de la Ley de propiedad horizontal, "se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número (...) 4. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida, o por lo menos, comenzada. En la inscripción del solar o del edificio en su conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados." Este apartado del artículo 8 LH, ha suscitado tradicionalmente dudas acerca del momento en que debía reputarse comenzada la construcción, a fin de dar salida a los problemas suscitados por la "prehorizontalidad", que representa un fenómeno muy reiterado en la práctica, piénsese cuan frecuentemente se compra sobre plano. La exigencia de que la construcción haya comenzado constituye un obstáculo para el acceso al Registro de los negocios sobre pisos meramente proyectados. Por esta razón DE LA CÁMARA, propugnó que la construcción comenzaba tan pronto quedara ultimado el pertinente proyecto. De hecho, en la práctica, al no exigirse una prueba auténtica de que la construcción haya comenzado materialmente, resulta factible que accedan al Registro muchas obras nuevas en construcción y las divisiones horizontales anejas, sin que exista otra cosa que su proyecto.

El art. 13 RH, contempla dos situaciones distintas, en orden a determinar el sistema de inscripción en el permuta de solar por pisos. La primera, consiste en que los particulares acuerden la "transmisión actual" de los pisos o locales no construidos y cumplan ciertos requisitos para su determinación. Y la segunda, es que configuren el derecho del cedente del suelo con carácter obligacional o simplemente ignorando dichos requisitos[596].

La regulada en los párrafos 4º y 5º del precepto, respondería a la concepción tradicional de este contrato[597], conforme a la cual el constructor obtiene, desde el principio, la propiedad del solar, con ello una fuente de crédito, y sin tener que pagar, inmediatamente, ninguna contraprestación a cambio. El propietario del solar pierde su titularidad a cambio de que, una vez construido el edificio, le entreguen una parte del mismo. Esta relación se articula a través de vínculos obligacionales de carácter personal. El cedente, titular de un derecho de crédito mientras no se opere la tradición de la parte de edifico pactada como precio por la cesión, ve limitadas, por no decir frustradas, las posibilidades de recibir la contraprestación estipulada, cuando en el ínterin, el constructor se ve privado, como consecuencia de un embargo, de la propiedad del solar, pasando éste a manos de un tercer sujeto. Este riesgo al que se ve expuesto el cedente, es igual al que puede padecer nuestro adquirente de piso proyectado.

La otra concepción de la cesión de solar por obra futura es la que se contemplaba en los párrafos 1º a 3º del precepto[598]. Parecía articular la relación como si de la misma se

---

[596] LÓPEZ FRÍAS, A., "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, pág. 959.

[597] Los párrafos cuarto y quinto del artículo 13 RH, son actualmente, los únicos vigentes, siendo su contenido el siguiente: "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 LH".

[598] De la lectura de esto tres primeros párrafos, se desprende que el legislador acogía la solución propuesta por la RDGRN de 16 de mayo de 1996 (RJ 3950). Los párrafos 1º, 2º y 3º del artículo 13 del RH, han sido declarados nulos por la STS (sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de enero de 2001 (RJ 1083): "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 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

derivara una titularidad jurídico-real para el cedente del solar; tal impresión viene motivada por la calificación que se hacia de la concepción tradicional como meramente obligacional.

Antes de que se publicara la Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de enero de 2001 (RJ 1083), que declara ilegal parte de su contenido, se vertieron por la doctrina manifestaciones favorables[599] en torno a la nueva regulación contenida en el mencionado precepto. Se consideró que era una norma eminentemente registral, dirigida al registrador de la propiedad que ha de calificar y, en su caso, inscribir las operaciones relativas a la finca que es objeto de la permuta. Pero bajo la vertiente hipotecaria subyacen ideas o soluciones de carácter claramente civil que están relacionadas con la pregunta sobre la transmisión de la propiedad de los objetos permutados. Es más, se podría suponer que a través de este precepto parece que el legislador hipotecario está admitiendo implícitamente la posibilidad de adquirir el dominio sobre pisos futuros a través de la tradición instrumental. Es cierto, que en ningún momento el precepto afirma que se cumple la teoría del título y el modo en la transmisión de inmuebles a construir, pero, al regular las consecuencias registrales de su transmisión actual, la está dando por buena y le está otorgando cobertura jurídica. Es de advertir, sin embargo, que esa adquisición inmediata (no diferida a la terminación de la obra) de los inmuebles a construir debe considerarse jurídicamente correcta o factible, no porque venga a decirlo directamente el art. 13 RH, sino porque sea conforme a nuestro sistema de transmisión de los derechos reales.

---

inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente sin necesidad de que se formalice 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".

[599] También se ha comentado sobre la desafortunada redacción del texto del artículo 13 RH, en el cual aparecen numerosas deficiencias e imperfecciones que conviene tener en cuenta, tanto para su posible mejora como para evitar que se repitan en una eventual regulación legal, destacar lo siguiente: por un lado, la doctrina ha criticado la utilización de términos oscuros como *comunidad especial* o *título de permuta*. Por otra parte, desde el punto de vista de técnica legislativa, se considera que el párrafo segundo, introducía una criticable variación elegante, al hablar impropiamente de *los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior*, aunque el párrafo primero no utilizaba esta expresión, sino que hablaba de *pisos o locales*. El término elementos independientes, no tiene un sentido técnico claramente definible (cfr. con más rigor arts. 3.a) LPH, 396.I y II CC y 8.5 LH). El párrafo tercero, utilizaba una negación (el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente) para expresar una idea que podía formularse afirmativamente (el cesionario necesitará el consentimiento del cedente para enajenar y gravar) y con ello favorecer la comprensión de la norma. El inicio del párrafo cuarto no tiene una redacción acertada dado que, según el mismo dice, *este artículo no será aplicable*, cuando debería decir, *los párrafos anteriores no serán aplicables*. Además, contiene una repetición, la conjunción *o*, que separa *la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero* y *como meramente obligacional*, no es de exclusión, sino de inclusión, es indiferente cual de los dos miembros enlazados por aquélla se elija. Es evidente que una prestación meramente obligacional, que sería aquélla en que el cesionario promete entregar los pisos o locales en el futuro, es distinta a lo contemplado en el párrafo primero del artículo 13, donde se pretendía la transmisión actual de las cosas futuras (vid. RUDA GONZÁLEZ, A., *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo blanc, Valencia, 2002, págs. 71 a 73).

Sobre este tema, se destacó[600] que a la norma que comentamos no le corresponde, dada su naturaleza reglamentaria, decidir cómo se adquiere el dominio en la permuta de solar por pisos ni en ningún otro negocio jurídico; esa es una cuestión que depende básicamente del art. 609 CC, que regula con carácter general los modos de adquisición de los derechos reales y cuyo contenido o significación no puede ser modificado por una norma que carezca de rango legal. Ello no obstante, a nadie se le oculta que la dicción del art. 13 constituye un elemento importante a tener en cuenta para interpretar que para el legislador hipotecario, el art. 609 CC no se opone a la transmisión de derechos reales sobre inmuebles futuros o en construcción. Y que, en este sentido, el tan repetido precepto ha supuesto un respaldo significativo a la tesis sustentada por un sector de la doctrina sobre la operatividad de la tradición instrumental en relación a la parte del edificio a construir que corresponde al cedente del suelo.

No todo ha sido satisfacción lo que ha provocado la aparición de esta norma, en contra de ella se ha sostenido[601], que su única razón de ser la constituye el confusionismo jurisprudencial existente en cuanto a los efectos traslativos de la escritura pública de permuta respecto a los pisos o locales por construir, que en ningún momento supo dar remedio a la situación de desprotección en que se hallaba el cedente, sino que más bien, había contribuido a crear una mayor inseguridad en el tráfico. El hecho de que el legislador haya decidido conceder protección al cedente, considerando que la propiedad de la parte del futuro edificio que a él corresponde debe entenderse consumada mediante el otorgamiento de la escritura pública de cesión del solar, no quiere decir que esta postura haya de considerarse la correcta con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 13 RH. Más bien al contrario, la aparición de este precepto era necesaria para poder entender que esa escritura pública otorga efectos traditorios a favor del cedente del suelo. Tan sólo el legislador ha podido excluir la virtualidad de la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento para la transmisión de los derechos reales.

El contenido de este precepto recoge una manifestación de la prehorizontalidad, concretamente, refleja una de las posibles situaciones previas a la constitución registral del

---

[600] En este sentido, vid. LÓPEZ FRÍAS, A., "La permuta de solar por pisos en el nuevo artículo 13 del Reglamento Hipotecario", en op. cit., págs. 959 y 960.

[601] ZURITA MARTÍN, I., "El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 2001-1, págs. 473 y ss. También en la obra, de la misma autora, "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. 1900.

régimen de la propiedad horizontal, cuando es objeto de mención en el folio general del solar el piso meramente proyectado o futuro y que se traduce en una comunidad especial entre cedente y cesionario[602].

A) Contenido actual del artículo 13 del Reglamento hipotecario.

Según el artículo 13, en su párrafo cuarto, único en vigor actualmente, el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción, sino que sólo se expresa de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, sin detallar ésta. Esta norma sólo es aplicable, según declara, a las cesiones en que la contraprestación se configura como meramente obligacional. Con anterioridad, cierta doctrina y la Dirección General de los Registros y del Notariado, habían defendido que se hiciese constar la obligación del cesionario en el Registro de la Propiedad. En este sentido la Resolución de 5 de octubre de 1994 (RJ 7654), establece que puede hacerse una breve referencia a la contraprestación obligacional en la inscripción de la transmisión del solar (arg. art. 10 LH). Se dice que la prohibición del art. 9 RH no afecta a la cesión de suelo por obra, que es un contrato que no se conocía cuando se dictó aquel precepto[603] y, que podría mencionarse la obligación del constructor en el asiento registral que se extienda con motivo de la transmisión dominical del solar. Estas afirmaciones parecen problemáticas, ya que el artículo 9 RH no se refiere a tipos contractuales concretos sino a obligaciones, por ello es plenamente aplicable a la cesión de suelo por obra[604]. En cuanto a la breve referencia que postula la Resolución citada, el problema está en determinar sus efectos. El artículo 13.4 RH deja claro que la obligación del cesionario-constructor no se inscribe. Lo que verdaderamente constituye objeto de inscripción es la transmisión de la propiedad del solar al constructor, y no el derecho del cedente a recibir una parte del edificio. La referencia a la obra futura, puede entenderse como la causa de la adquisición, pero no constituye una titularidad real inscribible, lo mismo que figuraría el precio a pagar por el adquirente si el negocio celebrado hubiese sido una compraventa (art. 10 LH). De hecho, el propio artículo 13 recalca, para no dar lugar a dudas, cómo debe recogerse en el folio registral que no queda inscrito el derecho del cedente sobre la obra futura. Y ello por haber sido configurado con carácter meramente obligacional. Aunque el precepto tampoco aclara

[602] GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", en op. cit., pág. 481.

[603] ALONSO CASADO, J., "Permuta (solar por piso futuro)", *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 291, julio-agosto 1992, págs. 1747 y ss.

[604] RUDA GONZÁLEZ, A., *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo blanc, Valencia, 2002, pág. 104.

cuáles son los efectos de esta expresión, parece también claro que no pueden recogerse los elementos o metros a recibir en su día, porque el precepto dice “sin detallar ésta”, haciendo referencia a la obra.

Esta normativa que se acaba de exponer lleva a cierta doctrina[605] a plantearse una cuestión eminentemente práctica. Supongamos que se ha inscrito el dominio del solar a favor del cesionario, y que se ha hecho una breve referencia a su obligación de entregar al cedente parte del edificio futuro (aun no siendo dicho compromiso objeto de inscripción). Cuando un tercero interesado en conocer la situación jurídica de la finca solicite en el Registro de la Propiedad una certificación, ¿Deberá hacerse constar en este medio de publicidad la obligación asumida por el actual titular inscrito en virtud del contrato de permuta? ¿Habrá que dar a conocer al solicitante de la información que el dueño de la finca se ha obligado a construir en ella y a entregar al anterior titular determinados pisos o locales?

Para contestar a esta pregunta, hay que tener en cuenta que según el art. 232 LH, las certificaciones pueden ser literales o en relación. Las primeras, comprenderán íntegramente los asientos a que se refieren, de donde se deduce que, referidas a este supuesto, habrán de contener todos los datos que aparezcan en la inscripción del dominio a nombre del cesionario del solar, incluida la referencia a la contraprestación pactada por la adquisición de la finca. Respecto a las certificaciones en relación, indica el precepto citado que expresarán todas las circunstancias que los mismos asientos contuvieren, necesarias para su validez; las cargas que a la sazón pesen sobre el inmueble o derecho inscrito, y cualquier otro punto que el interesado señale o juzgue importante el registrador. Es dentro de esta última expresión, donde, podría tener cabida la mención a la obligación asumida por el cesionario titular registral de la finca. Porque aunque dicho compromiso no afecta a la titularidad sobre el inmueble ni tiene la categoría de carga real, constituye un elemento en que está involucrado el propio inmueble (la obligación del cesionario es construir en él) y cuyo conocimiento puede interesar a quien consulta el Registro. No parece lógico “ocultar” semejante dato cuando, de hecho, consta su existencia en el asiento de inscripción, aunque sea de forma muy concisa. Por ello el registrador puede y debe juzgarlo importante e incluirlo en la certificación en relación que expida. Más dudosa parece la posibilidad de incluir la referencia al derecho del cedente sobre la obra futura en la nota informativa que

[605] Es el caso de LÓPEZ FRÍAS, A., “La permuta de solar por pisos en el nuevo artículo 13 del Reglamento Hipotecario”, en op. cit., págs. 963 y 964.

el registrador ha de enviar al notario, en virtud del RD 2537/1994, de 29 de diciembre. El art. 354.a) RH, es bastante taxativo a la hora de determinar el contenido de la información registral, limitándose a los aspectos físicos del inmueble, la titularidad registral y la eventual existencia de cargas vivas. Sin embargo, y a pesar de la literalidad de la norma, parece que si es procedente incluir en la certificación la obligación del titular registral de construir y entregar parte de lo edificado al anterior dueño, también debe serlo en la nota que deba enviarse a la notaría solicitante, ya que existe identidad de razón en uno y otro.

Lo anterior tiene una consecuencia relevante para el caso de que el cesionario, titular registral actual, enajene el solar a un tercero sin haber hecho efectiva la obligación frente al cedente. Dicha enajenación provocará el incumplimiento definitivo del contrato de permuta, puesto que el cesionario no podrá ya entregar una parte de la obra futura a quien le cedió el terreno. Entonces, este último sujeto estará en condiciones de solicitar la resolución de la permuta de solar por pisos en base al art. 1124 CC. Y los efectos de dicha resolución alcanzarán al subadquirente del inmueble, en cuanto que ha conocido o podido conocer a través del Registro el compromiso asumido e incumplido por su transmitente. La conclusión es, por tanto, que aunque el derecho del cedente no sea propiamente objeto de inscripción, su constancia en el Registro puede provocar la mala fe del subadquirente de la finca a los efectos del art. 1124.3 CC.

Existen pareceres discordantes[606] a esta interpretación, que apoyándose en la indefinición del precepto reglamentario, sostienen que es dudoso que la constancia registral de la obligación del constructor permita la tutela aquiliana del crédito del cedente cuando un tercero de mala fe adquiera los pisos correspondientes a aquél, dado que el Registro de la Propiedad no expresa cuáles sean éstos. En general, la inclusión de pactos obligacionales en el Registro ha sido considerada una opción criticable, dado que se considera que aunque se inscriban, no afectan a terceros[607].

[606] RUDA GONZÁLEZ, A., *El contrato de cesión de suelo por obra*, op. cit., pág. 105.

[607] VIDAL FRANCÉS, P., "Compraventa con condición resolutoria. Sobre la aplicación de la Ley de defensa de consumidores y usuarios. Facultades de calificación del registrador (Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991)", en *RCDI*, núm. 190, pág. 189.

B) Caracterización del supuesto de hecho contemplado en el artículo 13 RH, antes de la Sentencia de 31 de enero de 2001.

Vamos a ver en qué consistía esa relación jurídica de cesión de solar por edificación futura que se contemplaba en los anulados tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento hipotecario, y que era distinta de la concepción tradicional de dicho contrato.

El precepto presentaba una redacción ciertamente confusa, ya que, por un lado, hablaba de transmisión actual de pisos o locales suficientemente delimitados en relación con un edificio a construir; circunstancia que constituía una auténtica novedad, puesto que no se exigía, ni siquiera la existencia previa de la declaración de obra nueva, ni el otorgamiento de la división horizontal. La reforma de 1998 parecía resolver, de un plumazo, el espinoso asunto de la transmisión de pisos en construcción. Sin embargo, posteriormente señalaba que, junto a la descripción de los pisos, es necesario fijar las cuotas que les "corresponderán" sobre los elementos comunes del edificio futuro. La utilización de la forma verbal –en futuro de indicativo- , parecía reconocer que la cuota no era actual sino futura, lo que contrastaba con la anteriormente proclamada transmisión actual de los pisos o locales. Para terminar de oscurecer el panorama, señalaba la disposición que comentamos, que al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad que se crea entre cedente y cesionario, cuando en principio, si se hubiera verificado la transmisión de los pisos, la consecuencia lógica sería el nacimiento del régimen de propiedad horizontal, con todo lo que conlleva.

a) Derecho real en cosa ajena.

Podría pensarse que el precepto estaba aludiendo a la articulación de la relación de cesión de solar por obra futura a través de un derecho real limitado en cosa ajena. En esta dirección, se cuestiona MARTÍNEZ SANCHIZ[608] por qué no reconoce la existencia de un derecho de vuelo sobre el solar; porque aquí, se quiera o no, lo que se disimula en realidad es la atribución de un derecho de vuelo sobre los pisos de la obra futura, bien es verdad que la conservación de una parte en el solar comporta una garantía. Pero el derecho de vuelo, dada su naturaleza real, es igualmente oponible.

[608] MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario de la reforma hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998),* Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pág. 65, 66, 76 y 77.

Sin embargo, no estaba contemplando esta norma una relación jurídico-real como la que se deriva de la constitución de un derecho real limitado, y ello porque se aludía a una situación de comunidad; sin duda no se hubiera hecho referencia a tal situación de comunidad si se hubiera pensado en la concurrencia sobre la finca de un propietario y de un titular de un derecho real limitado sobre la misma. Se hablaba de comunidad porque se estaba entendiendo que el cedente del suelo obtenía desde el primer momento un derecho de propiedad sobre la parte de obra futura que, conforme al pacto, le correspondía como precio por la cesión[609].

b) Cesión parcial de suelo.

Cabría juzgar que se contempló una solución, ya propuesta, por la doctrina para articular la relación de cesión de solar por edificación futura, cual es la de ceder a la constructora la parte de solar que, finalmente, se atribuirá, como elemento común, a la parte de edificio de la que se apropia; mientras que el propietario del solar, se reserva la cuota de solar que corresponderá, como elemento común, a la parte de edificio que debe entregársele como precio por la cesión. A favor de esta consideración se podría alegar la mención a esa comunidad especial que se establecía –según el párrafo anulado- entre cedente y cesionario.

Siguiendo esta línea argumental, se ha estimado[610] que en esta fase en la que se ha producido el otorgamiento de la escritura pública de permuta de solar a cambio de pisos futuros, pero sin que esté todavía constituida la propiedad horizontal, no cabe hablar propiamente de derechos reales sobre los pisos futuros, sino, únicamente, de derechos sobre el solar, que corresponde, en una situación de especial comunidad, a cedente y cesionario. Dicha comunidad no es en pro indiviso sobre el solar, pues éste se cede en su totalidad al cesionario, pero sí es una comunidad especial, teniendo en cuenta que se integran en ella, no sólo el solar transmitido, sino los futuros pisos con sus respectivas cuotas. Parece como si el cedente, aun habiendo transmitido la totalidad del solar, conservase un derecho sobre el mismo, a recibir determinados pisos futuros, lo que en definitiva da lugar a dos titularidades sobre la finca: la del cesionario, como dueño del

[609] ALONSO PÉREZ, Mª. T., "Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación", en *RCDI*, núm. 665, mayo-junio 2001, pág. 1034.

[610] En este sentido, vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, *Urbanismo y Registro*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 464.

solar y con facultades de construir sobre el mismo; y la del cedente, como titular del derecho a recibir los pisos futuros, que más bien parece presuponer un *ius ad rem*. Estas dos titularidades son las que forman la comunidad especial a que se refiere el art. 13 RH, y tan especial, pues son titularidades de distinta naturaleza: una actual, sobre el solar; y la otra sobre objeto futuro. Pero ambas tienen carácter real, bien sea a través de la propiedad o del *ius ad rem*.

A la hora de determinar en qué consiste esa comunidad constituida entre las partes, ARNÁIZ EGUREN[611] ha considerado que el objeto de la comunidad, a la que alude el art. 13, son los elementos comunes del edificio futuro, lo que para el autor implica que esa cotitularidad estará sometida a una situación jurídica de pendencia hasta la constitución del régimen de la propiedad horizontal, acto que va a funcionar como de *conditio iuris*.

Rechaza la idea de que tal situación constituya una auténtica comunidad de bienes RICO MORALES[612], ya que los derechos del cedente y cesionario no son de la misma naturaleza, ni cualitativamente iguales. En términos semejantes, se pronuncia RUÍZ-RICO[613], para quien, al no haber coincidencia actual de los varios derechos sobre la finca, difícilmente puede existir comunidad, por muy especial que sea.

En este mismo sentido, observa LÓPEZ FRÍAS[614] que, de la literalidad del precepto no resulta fácil comprender el significado o alcance de esa comunidad que se dice constituida entre las partes que suscriben la permuta. En opinión de la autora, la llamada "comunidad especial", que hay que hacer constar en el Registro, no tiene apoyo suficiente ni en la voluntad de las partes ni en la Ley de propiedad horizontal. No tiene sustento en la voluntad de las partes, porque el negocio que celebran consiste, no en la cesión de una cuota de la finca a cambio de una parte de la construcción futura, sino en la enajenación de la totalidad del suelo a cambio de determinados pisos o locales del edificio a construir. O dicho de otra forma: en la modalidad habitual de la permuta de solar por pisos, que es la

[611] ARNÁIZ EGUREN, R., "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 Hipotecarios y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 104 y 105.

[612] RICO MORALES, N., "Comentarios sobre la reforma del Reglamento hipotecario" en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental*, núm. 5, noviembre 1998, pág. 21.

[613] RUÍZ-RICO, J. A., "Transmisión actual al cedente de pisos o locales en el edificio a construir, en la permuta de solar por pisos (en relación con el artículo 13 RH)", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 49, junio 1999, pág. 1735.

[614] LÓPEZ FRÍAS, A., "La permuta de solar por pisos en el nuevo artículo 13 del Reglamento Hipotecario", en op. cit., 2000, págs. 960 y 961.

que contempla el precepto, las partes no desean una situación de cotitularidad sobre el suelo, sino que éste es transmitido, íntegramente, a quien va a ser el responsable de la construcción del edificio proyectado. Por ello, no es correcto entender que existe una comunidad sobre el solar, si las partes no han decidido su existencia.

Tampoco tiene la comunidad apoyatura suficiente en la Ley de propiedad horizontal, porque, según se desprende de su articulado, la copropiedad sobre los elementos comunes es inseparable del dominio sobre los elementos privativos, de forma, que no tiene sentido la una sin el otro. Ello significa que el cedente sólo puede formar parte de esa comunidad sobre el solar, vuelo, subsuelo, etc., si es dueño exclusivo de los pisos o locales que el constructor se obliga a entregarle. Y si es así, no parece lógico que figure en el Registro que existe esa poco precisa "comunidad especial" sobre la finca objeto de permuta, y no el derecho de propiedad sobre los departamentos que corresponden a cada una de las partes.

c) Transmisión ab initio de los pisos futuros (o transmisión del espacio vacío, disociado totalmente de la propiedad del suelo).

Por lo tanto, si no se trataba de ninguna de las dos posibilidades anteriormente expuestas, ¿Cuál es la relación de cesión de solar por edificación futura que contemplaban los anulados párrafos, primero a tercero, de este artículo 13 RH? Conforme a una interpretación literal del precepto la transmisión actual de los pisos o locales parecía operarse desde el primer momento[615].

La eventualidad de que esto pudiera acontecer ya la apuntaba SERRANO CHAMORRO[616], quien incluso forzando la teoría del título y el modo, entiende que en base al art. 1462 CC, el mismo contrato de cesión otorga la propiedad del piso al cedente del solar. Es decir, las partes por su propia voluntad, pueden disponer que la transmisión de la

[615] ZURITA MARTÍN, realiza la siguiente reflexión: si el legislador hubiese querido que la transmisión de la futura construcción tuviese lugar en el mismo momento del otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal, ¿por qué diferenció dos circunstancias del negocio –otorgamiento de escritura pública de permuta y constitución de propiedad horizontal- en párrafos distintos del art. 13 RH? La autora considera que este precepto supone una excepción al sistema de transmisión de los derechos reales basado en la exigencia de título y modo, si bien, desaprueba el carácter reglamentario de la norma que se ha elegido para solucionar el problema de la desprotección del cedente, en este tipo de negocios, vid. "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*, núm. 44, 2002, págs. 229-230.

[616] *Vid.* SERRANO CHAMORRO, Mª. E., *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 1999, págs. 363 a 368.

propiedad de la parte de edificio pactada como contraprestación se opere en ese mismo momento; de manera que, el contrato de cesión otorga un verdadero *ius in re* al cedente.

Resulta muy interesante la reflexión que realiza ALONSO PÉREZ[617], lo que hacía el artículo 13 RH, era reconocer que la cesión de solar por edificación podía tener, desde el primer momento, efectos traslativos del dominio de la parte de edificio futuro que constituía el precio de la cesión, es decir, habría tradición desde el primer momento, y ello, aunque los pisos no existieran, de lo contrario no hubiera hablado de comunidad. Con lo que, en principio, había que admitir que el poder que, sobre los pisos futuros, parecía reconocer este precepto al cedente del solar, es el que otorga la titularidad de un derecho de propiedad sobre los mismos.

Pero también hay que tener bien presente que la titularidad separada e independiente sobre los diferentes pisos o locales no era objeto de inscripción a favor del cedente hasta que no se inscribía la constitución del régimen de Propiedad Horizontal: la situación denominada de comunidad especial se mantenía hasta el momento en el que se constituía el régimen de propiedad horizontal.

Aunque se hablaba de comunidad, no era este el supuesto de hecho al que se refería el precepto, cabe preguntarse cuál era la situación que se estaba contemplando. Hay que tener presente que entre los elementos comunes que hubieran correspondido -en el futuro- al tradens del solar, había que entender que el precepto incluía el suelo, de manera que, resulta evidente que no se estaba contemplando la cesión parcial de suelo por obra futura a la que hacía referencia más arriba; y también es evidente que toda la propiedad del suelo correspondía al accipiens-constructor.

Esta transmisión futura de la cuota de suelo correspondiente a la parte de edificio que conformaba la contraprestación a favor del cedente, contemplada por este precepto, revelaba un aspecto interesante de la cuestión: se contemplaba una transmisión de la propiedad de los pisos independiente de la transmisión de la propiedad del suelo. Es decir, si, desde el primer momento, se reconocía la transmisión de los pisos y, no la del suelo –en

[617] El interés de este argumento descansa en que no es esgrimido en el razonamiento que realiza el Tribunal Supremo, es original de la autora y de una gran fuerza, en este sentido, *vid.* ALONSO PÉREZ, Mª. T., "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 op. cit., págs. 1042 y ss.

manos del accipiens-constructor-, se estaba contemplando la enajenación de aquéllos separadamente de la propiedad del suelo.

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

Al margen de que esto no es viable, porque contraviene el sistema de adquisición del dominio que el Código civil establece en el art. 609, lo que más sorprende es la posibilidad de enajenación de los pisos, separadamente de la propiedad del suelo. Es decir, mientras no se consolidaba definitivamente la estructura jurídica de la finca ya construida –normalmente a través de un régimen de propiedad horizontal-, concurrían en la finca: un derecho de propiedad sobre los pisos futuros que constituyen el precio de la cesión y, además, un derecho de propiedad sobre el suelo y el resto del edificio futuro; derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro, puesto que, en ese preciso momento, no había ninguna de las partes de la finca en comunidad. Nos encontrábamos ante una situación de disociación de la propiedad inmobiliaria: sobre una misma finca que conservaba su unidad, se hacían coincidir dos derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro. ¿Era esta situación viable conforme a las normas sustantivas de rango legal?

Concluye la autora citada que la disociación de la propiedad del suelo y de, todo o parte, de lo que se encuentra encima o debajo del mismo, implica una derogación de lo dispuesto, con carácter imperativo, en los artículos 350 y 358 CC, y sólo cabe encauzarse en nuestro Ordenamiento, además de por los mecanismos contemplados en el artículo 350, mediante la constitución de un derecho de superficie. No cabe, en nuestro Derecho, una enajenación de los pisos futuros separadamente de la propiedad del suelo sin constituir un derecho de superficie.

Siguiendo a FIGUEIRAS DACAL[618], el autor no tiene ningún problema en reconocer que el artículo 13 RH regulaba un claro supuesto de transmisión por título de permuta de un espacio vacío, delimitado en los planos de la edificación futura como un mero volumen cúbico, y que, de inmediato, es decir, antes de comenzar la construcción, ya implicaba el nacimiento a favor del cedente de un derecho dominical sobre esa porción del espacio, superior o inferior a la superficie, que sería compartido en la titularidad de la finca adquirida por el cesionario; con carácter real y por tanto registrable, conforme al cual el cesionario que adquiría el suelo, no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación. Es decir, tales elementos, pisos o locales futuros, que en su día habrían de quedar integrados en la construcción del edificio, ya eran adquiridos de hecho, en dominio por el cedente del suelo, desde el momento mismo de la firma del contrato.

C) Reflexión sobre la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de enero de 2001 (RJ 1083).

Parece ser que la finalidad del RD 1867/1998, de 4 de septiembre, fue poner un parche a la situación, dando al artículo 13 RH un contenido nuevo, regulador de este negocio jurídico, diseñándolo en una de sus posibles alternativas, como un derecho de trascendencia real, pero ha quedado desautorizado por la STS de 31 de enero de 2001 (RJ 1083), que aplicando el principio de jerarquía normativa, ha declarado inconstitucional regular por vía reglamentaria una materia para la que la Ley Fundamental establece reserva de Ley (arts. 33 y 53.1 CE). Esta situación provoca, en el Derecho civil español, un vacío similar al que existía antes de aprobarse el mencionado Real Decreto, por ello, es posible que, antes o después, se vuelva a regular este contrato.

El Tribunal Supremo[619], sin atender a los argumentos de la parte demandada (Abogado del Estado y Colegio de Registradores), que justificaba la nueva regulación, no sólo en el carácter técnico registral del precepto reglamentario -por exigencias del principio de especialidad-, sino, también, alegando el carácter dispositivo del derecho contractual,

[618] Esta es la interpretación que en torno al artículo 13 del Reglamento hipotecario, mantiene FIGUEIRAS DACAL, M., "La disociación jurídica del dominio y el pluridominio", en *RCDI*, núm. 672, julio-agosto, 2002, págs. 1242-1243.

[619] Vid. el Fundamento Duodécimo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2001 (RJ 1083). Esta sentencia supone un paso más en la desactivación de la reforma reglamentaria de 1998, proceso que ya se había iniciado con la STS (Sala 3ª) de 24 de febrero de 2000 (RJ 2888), y continuado las SSTS (Sala 3ª), de 22 de mayo de 2000 (RJ 6275) y 12 de diciembre de 2000 (RJ 2001/552).

fundamentado en la libertad de estipulación (artículo 1255 CC) y que, según su opinión, alcanzaba incluso al convenio sobre la tradición –muy espiritualizada en nuestro Derecho, ex art. 1462 CC-, opuso serios obstáculos a su admisión, porque, según el Alto Tribunal, su regulación desnaturaliza el sistema de adquirir la propiedad en nuestro Ordenamiento 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 no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos y locales de un edificio a construir. Y con los mismos argumentos que, también aduce para rechazar algunos aspectos nuevos de la regulación del derecho de superficie y del derecho de elevar o profundizar en edificio construido (artículo 16, párrafo 1º y 2º RH), afirma que ambas regulaciones son cuestiones que afectan a la definición del derecho de propiedad, que el Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenido en la Constitución (art. 33), añadiendo también, que los pactos y contratos inscribibles los determina la Ley hipotecaria, y al Reglamento le corresponde sólo su desarrollo.

Este problema de ilegalidad que se le imputa a los primeros párrafos del artículo 13 RH, no se habrían generado si, desde el inicio, hubiera constado registralmente reflejada, la declaración de obra nueva en construcción y la división horizontal; es mas, no entendemos porque la norma no acogió esta posibilidad. Es por ello que consideramos que, a pesar de la claridad y rotundidad que se deduce del texto de la sentencia, no impide la posibilidad que defendemos, que no es otra que atribuir al adquirente de un piso sobre plano un derecho (real) oponible *erga omnes*, durante el proceso de la construcción de viviendas o locales, es decir, una protección asimilable, al menos en parte, a la de los derechos reales, en ciertas situaciones que se generan a lo largo del proceso de construcción-adquisición.

Nuestra opinión sobre este tema parte de una doble consideración. Por un lado, defendemos[620], la posible eficacia traditoria de la escritura pública de permuta en relación a los pisos futuros. Pero, por otro lado, entendemos que dadas las características del dominio como derecho real, el nacimiento del mismo requiere que su objeto esté claramente determinado y sea de alguna forma existente. Ello se traduce en la necesidad de que, si el edificio no tiene existencia material, al menos existan registralmente los pisos y locales a construir, es decir, que conste en el Registro la división horizontal del edificio

[620] Argumentos que compartimos plenamente y que son pronunciados por LÓPEZ FRÍAS, A., "La permuta de solar por pisos en el nuevo artículo 13 del Reglamento Hipotecario", en op. cit., pág. 961.

proyectado. Será desde que se produzca la inscripción del título constitutivo de la propiedad horizontal cuando despliegue su efecto transmisivo el documento escriturario y pueda ser considerado el cedente del terreno como propietario de las dependencias que el contrato le atribuye. La consecuencia de lo que se viene diciendo es que, en el periodo que va desde el otorgamiento de la escritura de permuta hasta la inscripción del régimen de propiedad horizontal, el cedente aún no ostenta un verdadero derecho real sobre los pisos o locales. Tiene un derecho de crédito a exigir el cumplimiento de lo pactado al cesionario y también, si se quiere, una expectativa fundada sobre parte del edificio en proyecto. Pero ello no justifica suponer constituida una comunidad de bienes en sentido jurídico.

En igual sentido, se manifiesta ZURITA MARTÍN[621], que considera que mediante el mecanismo de la previa inscripción de los apartamentos, se verifica el requisito de la tradición para entender transmitida la propiedad de aquéllos, puesto que, mediante el asiento correspondiente, se ha creado ese signo exterior de recognoscibilidad de la titularidad real. La existencia jurídica de los pisos o locales por medio de la inscripción suple la existencia física de los mismos, pero hasta tanto no se produzca esa constancia registral, la transmisión del dominio de parte del edificio al aportante resulta inviable, por la sencilla razón, de que el inmueble no manifiesta su existencia, ni física, ni jurídicamente.

Consideramos que un posible argumento a nuestro favor lo encontramos en la Resolución de 5 de abril de 2002 (BOE núm. 129, de 30 de mayo)[622], que en su fundamento de derecho cuarto establece lo siguiente: "se considera también defecto, que no existe un verdadero complejo inmobiliario[623], por no reunir los requisitos establecidos

[621] ZURITA MARTÍN, I., "Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección", en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III, op. cit., pág. 1893. Sin embargo, en una obra posterior ("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*, núm. 44, 2002, págs. 232-234), considera que, con este sentencia, el TS no es partidario de la doctrina que defiende la posibilidad de que pueda transferirse el dominio, desde el momento en que se otorga el título de la propiedad horizontal, dando al traste con la doctrina que defiende la existencia jurídica de los apartamentos, como medio de dar cumplimiento a la teoría del título y el modo. Como consecuencia de todo ello, el cedente vuelve a quedar en una situación realmente precaria, siendo portador, tan sólo, de un derecho de crédito, frente al cesionario, para exigir la entrega de los apartamentos, cuando éstos se hayan terminado, al modo que prevé el párrafo 4º, del art. 13 RH, que aún permanece en vigor.

[622] En la presente Resolución se plantea, como problema fundamental, si es inscribible o no en el Registro de la Propiedad, como finca independiente, una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público, previa la correspondiente desafectación como bien demanial de aquella unidad, configurándola como patrimonial.

[623] La comentada Resolución de 5 de abril de 2002, recurriendo a la figura del complejo inmobiliario en una versión flexibilizada al máximo grado, estima que puede inscribirse, previamente desafectado del carácter demanial del suelo, un aparcamiento de vehículos construido en el subsuelo, aunque el suelo, que continúa siendo demanial, ni siquiera sustente una edificación con la cual engarzar una propiedad horizontal,

para ser considerado como tal, pues no hay pluralidad de fincas materiales, edificaciones o parcelas ni un verdadero punto de conexión entre las fincas y titulares, constituidos por elementos comunes *propter rem"*. El Centro Directivo argumentaba la posibilidad de abrir folio independiente a la unidad subterránea segregada, una vez desafectada como bien demanial y configurada como bien patrimonial (Resolución 13 de mayo de 1987 [RJ 3855]). Y que tal segregación no significa una total desvinculación de la finca matriz, ya que en el folio abierto a ésta debe hacerse constar la desafectación del subsuelo, como modificación de la extensión normal del dominio de la finca matriz. Por lo que aunque no haya 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 mismo que se abre folio propio al subsuelo patrimonial.

En la propiedad horizontal sobre edificios ya construidos, los elementos privativos susceptibles de aprovechamiento independiente preexisten, en cambio, en esta Resolución, de la misma manera que ocurre en la adquisición de pisos sobre plano –siempre que conste previamente inscrita el régimen de propiedad horizontal en prehorizontalidad- la falta de materialidad de los mismos es suplida con su existencia como fincas registrales.

Hay autores que van más allá, es el caso de FIGUEIRAS DACAL[624], que a la hora de pronunciarse sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, considera, que obviando la cuestión de la "entrega real", que se materializa por la inscripción de los pisos futuros, todo se reconduce a un problema de competencia legislativa meramente formal. No es que la nueva regulación que se hacía de esos derechos en la reforma del Reglamento hipotecario se calificara, en la sentencia, de "actos prohibidos" y, las nuevas circunstancias, de excesivas, sino que, por su importancia, al afectar al ejercicio del derecho de propiedad, es decir, a su contenido y a sus limitaciones, no puede dejarse su regulación a una norma simplemente reglamentaria. Es fácil comprender que no puede darse a estos derechos una nueva regulación imperativa, por un mero Decreto de alcance

---

sino que esté dedicado a parque de público esparcimiento. Ello supone, una modernísima apertura del concepto de complejo inmobiliario, que no exige pluralidad de edificaciones, bastando con una sola y, una relación de la misma con la otra parte no edificada pero sí urbanizada, pues no por el hecho de que un jardín no esté edificado sino plantado, deja de ser un inmueble con un uso específico distinto del que se asigne a la construcción realizada bajo el mismo. Por otra parte, el rechazo no podría fundarse en que en esta situación el suelo no es elemento común, ya que, tal y como razona la Resolución, en los complejos inmobiliarios, de acuerdo con el artículo 24 LPH, no es indispensable la existencia de elementos comunes en el conjunto en sí, basta la existencia de servicios generales.

[624] FIGUEIRAS DACAL, M., "La disociación jurídica del dominio y el pluridominio", en op. cit., págs. 1243-1244.

reglamentario (como lo era el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre), puesto que sería tanto como introducir, por vía reglamentaria, un contrato normado, con especiales efectos reales respecto de algo futuro y, como tal, claramente no se estaría respetando la reserva de Ley. Hasta se puede entender que resultaba una limitación excesiva al principio de libertad de estipulación contractual, al establecerse –al margen de la Ley hipotecaria- una fórmula con carácter obligatorio, al menos para su aplicación por los registradores, con lo que también quedaba limitada la posible calificación registral en otros supuestos similares. Desde ambos puntos de vista, la sentencia anulatoria es irreprochable.

Pero, para nada prohíbe otros actos singulares que pueden convenirse contractualmente y, que tengan por objeto un volumen delimitado en el espacio inferior o superior, inherente a un terreno, es decir, un ámbito espacial "cosificado" y ubicado por debajo o por encima del suelo plano, que pasará a ser un mero lindero, reconociendo incluso, eficacia real al derecho concedido; que, por otra parte, no es un efecto exclusivo de los estrictos derechos reales, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de opción de compra, arrendamiento y en el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, cuyos posibles efectos reales no se discuten. Los convenios pueden afectar a cualquier aprovechamiento independiente que se prevea en la utilización de un bien concreto y, por consiguiente, también en el subsuelo o en el vuelo de una determinada finca, siempre que pueda ser considerado como objeto determinado de un negocio de transmisión, de una reserva o de una regulación comunitaria, con una utilidad separada, pero en concurrencia con el derecho sobre el suelo.

D) La Ley del Parlamento de Cataluña 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura.

Sobre este tema, y a pesar de su ámbito territorial de aplicación, no podemos dejar de comentar la Ley del Parlamento de Cataluña 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, (BOE, núm. 29, 2 de febrero de 2002), que constituye la única del panorama autonómico que regula el contrato de cesión de soporte inmobiliario a cambio de parte de edificación futura, sobre la base de la exigencia del establecimiento de un régimen de propiedad horizontal, con el que revestir la situación de inscribibilidad y consiguiente oponibilidad a terceros del derecho del cedente, utilizando una norma de rango adecuado para ello, como es una Ley. El Preámbulo de la Ley indica los aspectos más relevantes que se regulan y la finalidad de la norma. En este

sentido, se ponen de manifiesto las razones que subyacen en la celebración de estos contratos y las ventajas que suponen para cedente y cesionario: el cedente consigue obtener viviendas, locales u otras construcciones, nuevas o rehabilitadas, sin necesidad de intervenir directamente en el proceso de gestión y construcción, para lo cual, normalmente no está preparado ni económica ni técnicamente. A la persona cesionaria, normalmente promotor o constructor, la cesión le permite construir sin necesidad de hacer un desembolso inicial. Se trata de una forma de colaboración entre los distintos sujetos que han de intervenir en el proceso de edificación, en principio, ventajosa para ambas partes.

Básicamente, la Ley viene a incidir en los dos ámbitos que constituyen el núcleo fundamental de los problemas que plantean las formas negociales que recaen sobre objetos en construcción, la adquisición de la propiedad de los inmuebles pactados como contraprestación y el régimen del incumplimiento del contrato.

a) Requisitos del contrato según la Ley 23/2001.

La Ley tipifica[625], por primera vez, el contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura como un tipo contractual autónomo e independiente de cualquier otro. Esto significa, no sólo que dota de un *nomen* al negocio a través del que se efectúa el intercambio que delimita, sino que, además, lo incluye en la categoría de los negocios contractuales y le dota de tipicidad legal. Ello, sin perjuicio, del principio de autonomía de la voluntad, que continúa vigente.

El artículo 1 LCF, bajo el epígrafe "concepto", contiene la descripción del contrato y de los elementos que lo forman. Literalmente dice: "El contrato de cesión de una finca o

[625] Que la Ley norme un tipo contractual en particular, nos explica su contenido, con las siguientes consecuencias: 1) Que se procede a determinar los datos que permiten configurar e identificar el contrato. La Ley tipifica el contrato y fija sus elementos y su función. Ya que no podemos olvidar, que si bien esta modalidad contractual existía en la práctica, uno de los aspectos que había suscitado mayor discusión ha sido el de su inclusión en alguna figura contractual típica, en particular en el contrato de permuta. Al tipificar este negocio, se procede a separarlo de las figuras a las que, hasta ahora, se ha reconducido. Si bien, está por ver si la regulación contenida en la nueva norma resuelve o no todos los problemas que puedan surgir. 2) Partiendo del principio de autonomía de la voluntad, que es básico en materia contractual, se establece una mínima regulación imperativa del contrato. El carácter imperativo del contenido tiene su fundamento en la protección de la parte contratante que ocupa la posición jurídica más débil: el cedente, dada la futuridad de lo que adquiere a cambio. 3) La nueva norma se refiere sólo a la eficacia obligatoria derivada del contrato, aunque tiene en cuenta el ulterior efecto transmisivo que se persigue con la cesión, así, la nueva regulación que introduce no rompe ni varía el sistema adquisitivo de derechos reales a través del contrato, la teoría del título y el modo, que sigue vigente, como no podía se de otra manera, en la nueva figura contractual que tipifica esta Ley. En este sentido vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Una primera lectura de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca o d`edificabilitat a canvi de construcció futura", en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 105, marzo-abril 2003, pág. 203.

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 demás edificaciones con indicación 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."

La delimitación del contrato se efectúa a través de la explicación de su objeto: finca o edificabilidad-construcción futura o rehabilitación, y de la función: intercambio de ambos, con la precisión de que una prestación es de presente y la otra de futuro, características que exigen que se deban cumplir una serie de requisitos, contenidos en este precepto y en el art. 3 LCF.

a´) Determinación del objeto.

En el contrato de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura, el objeto, la materia sobre la que recae el consentimiento de las partes, es una cosa inmueble –finca o edificabilidad-, que ya existe en el momento de la perfección del contrato en la que se va a producir una actuación constructiva que puede comportar la aparición de un nuevo objeto ("a cambio de la adjudicación de una construcción futura o resultante de la rehabilitación", la cosa futura).

No plantea problemas la finca (el terreno o solar apto para la construcción) o edificabilidad (constitución de un derecho de superficie sobre la finca, o un derecho de sobre o subedificación, o la transferencia del aprovechamiento urbanístico, son los ejemplos paradigmáticos que comportan la facultad de construcción) que se ceden, ya que se trata de cosas que ya existen; a este objeto le son de aplicación las reglas ordinarias o generales en cuanto a su posibilidad, licitud y determinación (arts. 1271 y ss CC).

En cambio, en lo que hace referencia al otro componente del objeto, la cosa futura, es necesaria una mayor especificidad, que conlleva, dado que se pretende proteger a la parte contratante más débil, unos mínimos imperativos legales[626]. Los mínimos legales que

[626] En la medida en que la nueva norma pretende proteger a la parte contratante más débil, el cedente, esto determina la práctica inexistencia de normativa a la hora de regular la posición contractual del cesionario. Así, en el texto de la LCF se ha fijado el contenido mínimo que ha de tener el contrato siempre con relación al cedente, se han determinado cuestiones tales, como la transmisión de la propiedad de las

son necesarios para considerar que la cosa futura cumple con el requisito de la determinación y es apta para ser objeto de contrato, van referidos al momento de formalizarlo[627]. Este requisito de determinación de la contraprestación del cedente resulta de capital importancia. Su trascendencia se refleja en diversas cuestiones: en primer lugar, la adquisición del dominio de los inmuebles requiere, independientemente de la forma de adquisición, la determinación del objeto (el parcialmente desaparecido art. 13 RH exigía la descripción de los inmuebles conforme a la Ley de propiedad horizontal y el sector doctrinal que defiende la eficacia transmisiva de la escritura pública en la que se documenta el contrato de cesión, establece como primer requisito para ello, la determinación del objeto), también es indispensable la descripción de los distintos inmuebles y de los adjudicatarios para hacer constar en el Registro de la Propiedad los distintos derechos sobre los inmuebles y, por último, la especificación del objeto también es importante a efectos de apreciar el incumplimiento del contrato.

b´) La identificación de las viviendas, locales y demás edificaciones que se adjudicarán a las partes.

Dado que la Ley utiliza la expresión "determinen", ésta debe entenderse como identificación del objeto, en especial cuando éste es futuro. Lo que exigirá realizar una relación completa y lo más ajustada posible al proyecto que se haya de ejecutar, de modo que no sea necesario nuevo acuerdo entre las partes para saber de qué vivienda, local o construcción se trata. Parece exigirse por esta nueva normativa autonómica una

---

viviendas o locales (pero no, de la finca o la edificabilidad), las garantías que puede prestar el cesionario, la definición del supuesto de hecho que determina el incumplimiento del cesionario, los efectos de la resolución del contrato solicitada por el cedente. En relación con la protección que la nueva norma dispensa al cedente, se ha considerado la LCF como imperativa y limitativa de la voluntad (CABANAS TEJERO); si bien, hay autores que estiman que sólo debe considerarse tal norma como imperativa en aquellos casos en que puedan verse afectados los intereses de terceros (v. gr. por una resolución del contrato), en la medida en que el futuro Código Patrimonial de Cataluña, considera el principio de autonomía de la voluntad, en las situaciones de comunidad, como Ley fundamental (vid. MICÓ GINER, J., CABANAS TEJERO, R., y JUÁREZ, M. J., "La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura", en *La Notaría*, núm. 6, 2002, pág. 18).

[627] La LCF, establece una serie de requisitos del contrato de cesión, el primero consiste en que el contrato determine las viviendas, locales u otras edificaciones. Tal exigencia de determinación va referida "al momento de formalizar el contrato"; se ha considerado que hubiera sido más correcto referir tal exigencia de determinación al momento de celebración del contrato, pues un criterio demasiado permisivo podría ser problemático, especialmente, cuando las partes otorgan la facultad de completar la determinación del objeto al cesionario. Con una plena individualización inicial, esto es, referida al momento de la celebración del contrato, se asegura el respeto al principio de determinación y la no vulneración del art. 1256 CC. Se debe tener en cuenta que cuanto más indeterminación existe, más débil es la posición del cedente, pues el requisito de la determinación lo que persigue, precisamente, es proteger la justicia contractual y evitar la arbitrariedad de una de las partes. RUDA GONZÁLEZ, A., "Cessió de finca o d´edificabilitat a canvi de construcció futura", en *RJC*, 2003-1, págs. 13-14.

especificación por entidades, si bien, en la medida en que se dé la debida concreción tampoco deberían excluirse otros parámetros (v. gr., determinados metros cuadrados del local, indicando la zona, fachada a la deben dar, características, pero sin tener que indicar un local concreto). En la medida en que se puede suscribir la cesión antes de la obtención de la licencia de obras, hay que admitir que se prevé un cierto margen de flexibilidad[628] en función de los posibles cambios del proyecto. En cualquier caso, no parece existir inconveniente en que, fijados los metros cuadrados y otras características, se deje la identificación de las entidades para un momento posterior, siempre, claro está, que los criterios básicos ya queden señalados de antemano, en otro caso estaríamos ante un negocio incompleto, necesitado de un nuevo convenio entre los contratantes.

Además de lo anterior, el artículo 3, en los apartados 1 y 2 LCF, fija un determinado contenido que el contrato debe tener necesariamente: se han de identificar los datos específicos de las obras a realizar. Fundamentalmente la Ley intenta que haya una correspondencia entre la licencia de obras y el contrato, objetivo que pretende conseguirse imponiendo la integración de la licencia en el contrato. En relación a este tema, la Ley distingue dos supuestos distintos, en consonancia con lo que ha venido siendo y es la práctica del mercado de la construcción, y respetando la legalidad urbanística: el contrato otorgado antes de la obtención de la licencia de obras y el que se otorga después de ésta.

En el contrato otorgado antes de haber obtenido la licencia de obras, se requiere que se fijen, como datos que identifiquen el objeto y la prestación comprometida por el cesionario: las características de la obra, las condiciones, los plazos inicial y final de la construcción y la calidad de los materiales empleados (art. 3.1 LCF). Ahora bien, si después la licencia no se ajusta a lo pactado, el cedente podrá resolver el contrato, según establece el art. 3.4 LCF.

En el contrato otorgado contando con la licencia de obras, se exige que se incorpore "el contenido de la misma, así como las determinaciones del proyecto o, si procede, la certificación emitida por el facultativo de la obra, y la memoria de calidades según el proyecto redactado por el facultativo correspondiente" (art. 3.2 LCF). Puesto que aquí se cuenta con una descripción contenida en el proyecto, se ha creído oportuno la

[628] MICÓ GINER, J., CABANAS TEJERO, R., y JUÁREZ, M. J., "La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad...", en op. cit., pág. 24.

incorporación de todos aquellos documentos de los que puedan resultar los datos relevantes para la realización de la obra, previsión que tiene una evidente utilidad.

En ambos supuestos, la finalidad que se persigue, tal y como precisa GETE-ALONSO[629], es que queden claros y fijos todos los extremos a los que abarca la prestación del cesionario, extremos que no sólo alcanzan, abstracta o genéricamente, a que proporcione un local, vivienda o construcción, sino, además, a que el objeto tenga y esté construido de una determinada manera, tanto técnica (condiciones, cualidades, calidad y materiales de la obra), como jurídica (legalidad) y en un determinado tiempo.

De los datos que identifican el objeto, depende el contenido obligatorio del contrato, la prestación del cesionario y repercuten en la validez del mismo[630] (en el caso de que no concurran, no existe objeto por falta de determinación, art. 1273 CC, y art. 3, párrafo 1 y 2, LCF).

c´) La constitución del régimen de la propiedad horizontal.

Agrega la norma que cuando lo que se haya de construir o el resultante de la rehabilitación sean viviendas o locales de un edificio, se ha de constituir, como exigencia identificativa necesaria, el régimen de la propiedad horizontal. La norma persigue, en estos casos, facilitar, no ya sólo económicamente sino también jurídicamente, la situación jurídico-real que se producirá una vez que se haya culminado todo el proceso de construcción.

Hay que llamar la atención sobre la incredulidad que ha motivado entre la doctrina la exigencia de la constitución del régimen de la propiedad horizontal como identificación necesaria[631]. Dado que no siempre puede coincidir el momento de constitución de la

---

[629] Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Una primera lectura de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca...", en op. cit., pág. 206.

[630] ZURITA MARTÍN, considera que las exigencias del art. 3 se incluyen con la finalidad de habilitar al cedente para exigir la resolución del contrato por incumplimiento. La utilidad del art. 3.1 se manifiesta en la importancia que estas especificaciones sobre el contenido y características de las prestaciones futuras tienen para el cedente, especialmente antes de haberse obtenido la licencia de obras, de ahí que resulte altamente aconsejable incorporarlas al contrato. La importancia del precepto no resulta de los efectos que predica –que se producirán igualmente-, sino del mandato de inclusión de las especificaciones de la obra en el contrato, que permite acreditar con mayor facilidad que el incumplimiento se ha producido. Vid. -"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*, núm. 44, 2002, págs. 238-239.

[631] GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Una primera lectura de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca o d`edificabilitat...", en op. cit., págs. 205-206. RUDA GONZÁLEZ, A.,

propiedad horizontal con la formalización del contrato de cesión, la finalidad que se persigue al introducir la referencia al régimen de propiedad horizontal, es que, en los casos en que sea posible, debe constituirse tal régimen cuando se realice el contrato, quedando así perfectamente fijadas la posiciones contractuales de las partes. Ahora bien, en aquellos supuestos en que no se pueda hacer[632], puesto que se admiten estos contratos incluso antes de haber obtenido la licencia de obras, lo que se pretende es conseguir que los datos de identificación relativos a la finca se redacten siguiendo las exigencias de ese régimen de propiedad horizontal (art. 5 LPH). Es mas, parece, que las partes podrían pactar la obligación del cesionario de contar con el cedente en la declaración de la obra nueva en construcción y en el otorgamiento del título constitutivo, con la consiguiente fijación de la cuota de participación, la determinación de los elementos comunes, los estatutos, quedando así debidamente protegidos los intereses del cedente. Si bien en la práctica se acostumbra a otorgar la escritura de división horizontal, de la LCF no resulta expresamente, como hubiera sido deseable, la exigencia de que el contrato de cesión la requiera como requisito *ad solemnitatem*.

b) Transmisión de la propiedad.

Tanto la doctrina del Tribunal Supremo y de la DGRN, como el parcialmente derogado artículo 13 RH y la Ley a la que nos referimos, reflejan en cuanto a la cuestión de la transmisión de los inmuebles, las principales teorías doctrinales sobre la materia: la eficacia transmisiva de la escritura, con independencia del carácter futuro del objeto y la teoría de la comunidad sobre el solar. Y en el fondo, subyace en todos los casos la regulación francesa de la compraventa de inmuebles a construir.

Para conocer bien cómo opera este contrato es necesario examinar cómo se delimitan, desde la misma norma, las prestaciones de las partes: por un lado, la cesión de

---

"Cessió de finca o d´edificabilitat a canvi de construcció futura", en op. cit., pág. 15. MICÓ GINER, J., CABANAS TEJERO, R., y JUÁREZ, M. J., "La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura", en op. cit., págs. 25-26. BADOSA COLL, F., y DEL POZO CARRASCOSA, P., "La cessió de finca o d´edificabilitat a canvi de construcció ", en *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 1, 2002, págs. 11 y ss.

[632] En cualquier caso, en la línea que se desprende de ciertas Resoluciones de la DGRN [18 de abril de 1988 (RJ 3358), 5 de noviembre de 1982 (RJ 6941) y 16 de mayo de 1996 (RJ 3950)] MICÓ GINER (en "La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura", en op. cit., pág. 25), considera que el régimen de propiedad horizontal puede entenderse como un régimen jurídico independiente de la obra, siendo posible pactarlo *ab initio*. El argumento en que se funda es 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.

presente que realiza el cedente, y por otra parte, la prestación referente a la cosa futura que se ha de proporcionar a cambio, prestación ésta que comprende una actividad (la de construcción o rehabilitación en su caso), y la entrega.

La Ley catalana distingue dos modalidades contractuales, diferenciadas ambas por la forma en la que se produce, tanto la transmisión de los derechos sobre el solar del cedente al cesionario, como la forma en que la propia Ley regula que se produzca la adquisición del dominio de los inmuebles por el cedente.

a´) Transmisión de la finca o de la edificabilidad por parte del cedente.

De diversos artículos de la LCF, se deduce que el contrato de cesión implica la prestación a cargo del cedente consistente en la transmisión de la finca o de una edificabilidad. Así, el artículo 2, establece que la cesión se puede hacer mediante: la transmisión total de una finca o de la edificabilidad; o bien, la transmisión de una cuota de una finca o de una edificabilidad[633]. En el caso de transmisión total de una finca, la construcción futura se puede situar en una finca distinta de la que ha sido cedida. Igualmente los artículos 4 y 5 LCF, parten de la premisa de que la cesión siempre se hace mediante la transmisión. De una interpretación literal, se podría desprender que la prestación que corresponde al cedente se ejecuta ya, inmediatamente a la perfección del contrato, apareciendo la transmisión como un elemento constitutivo de la cesión, como si se tratase de un contrato real. Esto explicaría que a lo largo del texto de la LCF no se mencione en ningún momento la posibilidad de que el cedente incumpla sus obligaciones; según esta interpretación, si el cedente no cumple, no existe propiamente incumplimiento porque el contrato no ha llegado a nacer. Sin embargo, tal interpretación es demasiado restrictiva, estamos en presencia de un contrato consensual, que se perfecciona por la

[633] Cabe plantearse si se podría ampliar el supuesto de hecho previsto en el art. 1 LCF, de tal forma que se pudieran incluir aquellos contratos en los que las partes constituyen o transmiten un derecho diferente del de propiedad, como puede ser el de superficie o el de vuelo, figuras que conducen a un resultado práctico o económico-social equivalente. En el caso de cesión de un derecho de superficie a cambio de parte de la obra futura, si bien el cedente no transmite ni todo ni parte de la finca, sí que crea un derecho nuevo que es transmitido al cesionario, derecho que comporta la facultad y el deber de edificar. Se inclina por considerar que los argumentos que se desprenden de la norma parecen quedar restringidos a una transmisión de propiedad del cedente al cesionario, RUDA GONZÁLEZ ("Cessió de finca o d´edificabilitat a canvi de construcció futura", en op. cit., pág. 21), así, el Preámbulo se refiere al hecho de que el cedente queda desprovisto total o parcialmente de su propiedad; igualmente, el art. 2.1.a, habla de transmisión total, y el art. 2.1.b, prevé que si la transmisión es parcial, se constituirá una comunidad, situación de comunidad que es difícil que se produzca si lo único que se transmitiera fuera un derecho real diferente al dominio. A lo anterior, hay que añadir que en caso de resolución, el art. 8 dice que el cedente recupera la propiedad de lo que había cedido.

concurrencia de las declaraciones de voluntad, sin que para el nacimiento de la eficacia obligatoria se requiera la entrega de la cosa. Perfeccionado el contrato, nace a cargo del cedente, la obligación de transmitir la finca o edificabilidad, objeto sobre el que recayó el consentimiento contractual. Una vez efectuada la entrega, el cedente deja de ser propietario de la finca o titular de la edificabilidad que pasa a ser del cesionario. Así pues, aquél no conserva ningún derecho real sobre lo transmitido, cuando la transmisión es total, y, a cambio, en virtud del contrato pasa a ser acreedor de una cosa futura en los términos que se hayan pactado.

Del artículo 2 LCF, parece desprenderse que el cedente siempre transmite la finca o la edificabilidad en primer lugar, cumpliendo el cesionario en un momento posterior. De aquí resultaría que una cesión en que la transmisión de la finca se difiera hasta un momento posterior a la celebración del contrato (por ejemplo, una reserva de dominio), no se podría realizar[634]. Aunque puede considerarse la interpretación anterior como excesivamente restrictiva, ya que el peligro para el cedente es más grave cuanto antes transmita la finca al cesionario, por lo que podría parecer absurdo que una Ley que quiere proteger al cedente impida semejante contrato.

También cabe que la transmisión del cedente sea parcial, así, el art. 2.1.b, LCF, establece que la cesión se puede hacer mediante la transmisión de una cuota, de una finca o de la edificabilidad, en la proporción que la persona cedente y cesionario determinen, constituyendo una situación de comunidad. En este supuesto, no se transmite la totalidad del derecho sino parte, constituyéndose una nueva situación jurídico real sobre el objeto, en la que el cedente conserva la propiedad de la finca y transmite un determinado valor de la misma y el cesionario deviene también propietario.

La cesión parcial supone la constitución de una situación de comunidad entre cedente y cesionario. La comunidad nace de manera voluntaria del contrato, aunque la norma jurídica parece que obligue a su constitución, no se está ante una constitución forzosa, entendida como aquella que se puede imponer[635]. Generalmente, esta comunidad pertenecerá al tipo de la ordinaria o proindiviso, pero, al menos en teoría, no cabe descartar otros regímenes comunitarios. La participación de cada cotitular en esta comunidad se ha

[634] RUDA GONZÁLEZ, A., "Cessió de finca o d´edificabilitat a canvi de construcció futura", en op. cit., pág. 20.

[635] Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Una primera lectura de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca...", en op. cit., págs. 208-209.

de determinar y debe quedar fijada en los datos de identificación del objeto del contrato, mediante acuerdo entre las partes.

En esta modalidad de transmisión es importante tener en cuenta los datos que tipifican legalmente el contrato que nos ocupa: la existencia de una comunidad y que el cesionario es quien se obliga a construir (ya él mismo, ya asumiendo los costes de la actividad que realiza otro). Es por ello, que en el supuesto en que los dos, cedente y cesionario, se obligaran a construir, nos encontraríamos ante otra figura jurídica, seguramente, ante un contrato de sociedad. Tampoco se corresponden con este esquema contractual fórmulas análogas en las que el cedente resulte obligado a desplegar alguna actividad de construcción.

Así, la situación de comunidad no lo es en la empresa constructora y su responsabilidades (esta exclusión de riesgos debería haberse hecho de manera terminante, si el cedente parcial no es partícipe con el cesionario de los resultados de la empresa), sino simplemente en la finca o en su edificabilidad, sólo parcialmente cedida; de modo que la función y alcance de la comunidad por retención parcial de titularidad, es de mera garantía transitoria, pues desaparecerá para confundirse en la cuota de propiedad horizontal coincidente con la proporción reservada cuando la obra contratada alcance su completo cumplimiento[636].

b´) Adquisición de la propiedad por parte del cedente.

Como hemos tenido ocasión de ver, el cesionario se obliga a realizar una prestación que tiene una doble composición: actividad y entrega de la obra resultante, pero que es considerada de manera unitaria. La adquisición de la propiedad sobre la contraprestación por parte del cedente, difiere según la modalidad de contrato elegida.

Si la modalidad contractual implica una cesión total de la finca o la edificabilidad a favor del cesionario, la adquisición de la construcción futura por parte del cedente se produce, según el art. 4 LCF, con la entrega ("lliurament") de las viviendas, los locales o las demás edificaciones que le correspondan una vez finalizada la obra. Por lo tanto, la cesión se produce en tracto único dilatado a la conclusión total de la obra, sin especificarse

[636] Esta precisión la realiza MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana", en *RCDI*, núm. 672, julio-agosto 2002, pág. 1446.

el efecto retroactivo como en la Ley francesa. Del precepto parece desprenderse que dado que la finca a construir sería un objeto futuro, no se podría entregar, y el cedente aparecería como simple titular o acreedor de una obligación a que le entreguen unos pisos.

Tal interpretación ha movido a algún autor a rechazar este precepto por anticuado y desconectado de la praxis actual, que garantiza mucho más la posición del cedente. En esta dirección, se podría considerar que el art. 4, se refiere a la entrega física de la obra, que podrá coincidir o no con la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical. De hecho, parece que el precepto mencionado regula exclusivamente la entrega y no se pronuncia sobre la transmisión de la propiedad, pues si bien es cierto, que el epígrafe que precede al art. 4 LCF, habla de "adquisición", sólo dice que "el lliurament" o entrega se hace una vez finalizada la obra, lo cual parece más referido a la mera entrega posesoria que a la tradición que convierte en propietario, de hecho, entrega se traduce al catalán como "lliurament", y tradición como "tradició", en cuanto a término jurídico. En este sentido, aunque la Ley habla de "adquisición", cabe entender que es admisible que las partes, en el momento inicial de la cesión del solar, ya pueden determinar las fincas que le corresponden al cedente, señalando que la escritura surte efectos traditorios e inscribiéndolas a su nombre en el Registro, aunque la entrega física quede diferida a un momento ulterior[637].

Así, en la modalidad de transmisión total, la forma en la que se regula la adquisición de los inmuebles, aunque existen opiniones discordantes, sólo reconoce al cedente un derecho de crédito sobre los inmuebles que le corresponden como contraprestación. Se pretende acabar, aunque como vemos no se consigue del todo, con la polémica acerca de la eficacia transmisiva de la escritura pública en la que se documenta el contrato de cesión. Pero quedan subsistentes algunos interrogantes, sobre todo, es necesario determinar si la adquisición produce efectos retroactivos –como ocurre con la venta a término en el Derecho francés-, de lo contrario, el cedente queda a merced de la actuación del cesionario-constructor. Probablemente, la opción por esta fórmula de adquisición se encuentra, en alguna medida, motivada por el intento de evitar que al cedente le afecten los riesgos de la obra, así parece deducirse del preámbulo de la Ley catalana, en la medida en que se hace constar que esta forma contractual permite al propietario del terreno obtener una edificación sin tener que intervenir directamente en el

[637] MICÓ GINER, J., CABANAS TEJERO, R., y JUÁREZ, M. J., "La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura", en op. cit., págs. 23-24.

proceso de construcción. Con todo, incluso admitiendo esta finalidad protectora, sería necesario establecer alguna previsión sobre los actos de disposición del cesionario.

Respecto a la adquisición por el cedente en la cesión parcial, el art. 5 LCF, indica que si la cesión se hace mediante la transmisión de una cuota de la finca o de la edificabilidad, en la descripción de las diferentes viviendas, de los locales o de las edificaciones proyectadas ha de constar la respectiva adjudicación a cada uno de los propietarios, que ha de hacerse efectiva a medida que la obra se complete.

Como vemos, la situación en la cesión parcial difiere de la transmisión total. Se parte, de que el cedente no se ha desligado de su condición de titular del derecho (propiedad o edificabilidad), sino que conserva una parte en la forma jurídica de la cuota, ya que se ha establecido una comunidad entre éste y el cesionario. En este caso, la cesión tiene una efectividad de tracto sucesivo a lo largo de la obra; lo cual, al materializar antes la contraprestación, inclinará mayormente a los cedentes hacia esta variante. En este ultimo caso, el cesionario va ejecutando la obra sobre el solar común, de modo que el cedente deviene propietario por accesión a medida que se realiza[638]. En consecuencia, la entrega de la cosa sería un mero pago o acto liquidatorio de una relación obligatoria en que la transmisión dominical ya habría tenido lugar[639].

c´) La oponibilidad.

El artículo 9, establece que el contrato de cesión de finca o de edificabilidad es oponible ante terceros desde que se haya hecho su inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que viene a ser una formulación en positivo, y para este caso concreto, de la

[638] De acuerdo con las reglas propias de la comunidad se sigue que, la transmisión de la propiedad de la vivienda, local, etc., al cedente, tiene lugar, desde luego, a partir del momento en que existan (no se admite la ficción de su existencia). Una vez que existe realmente la construcción, ésta por aplicación de las reglas de la accesión pasa a ser de quien sea propietario del suelo, y por tanto, de la comunidad. El automatismo implica que la adquisición por el cedente se produce sin necesidad de tradición, es decir, no se requiere la entrega. La innecesariedad de la tradición no implica una trasgresión de la teoría del título y el modo, sino que es consecuencia de que en virtud de la existencia de una situación de comunidad entre cedente y cesionario, aquél adquiere a medida que la obra se completa. Pero como la cuota no se concreta en un piso, sino a partir de la división de la cosa común, por ello se exige la descripción pormenorizada y la atribución concreta o adjudicación a cada uno de los propietarios, desde el momento de la formación del contrato. De esta manera, se protege a la parte contratante más débil y se permite, sobre todo cuando se trata de obras complejas, la concreción de la cuota y, por ende, la adquisición individualizada sin necesidad de esperar a la división. En este sentido vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Una primera lectura de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca...", en op. cit., pág. 210.

[639] RUDA GONZÁLEZ, A., *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 206.

regla de la inoponibilidad de lo no inscrito del art. 32 LH, aunque cambiando la expresión "título", por contrato.

El precepto mencionado resulta perturbador por un doble motivo, en primer lugar, en relación a la obra futura, ya que el art. 9 al aludir, genéricamente, a la oponibilidad del contrato, resulta que aunque se haya inscrito éste, en tanto las fincas futuras no hayan sido objeto de inscripción directa a favor del cedente, la única constancia de su derecho será como contraprestación futura, pero el titular registral seguirá siendo el cesionario. En segundo lugar, porque si tenemos en cuenta otros preceptos, como el art. 595 LEC, éste únicamente exige para interponer una tercería de dominio que el cedente pruebe que es propietario de la cosa embargada o titular de un derecho que se opone al embargo, pero no se le exige una forma concreta, es por ello, que el requisito de la inscripción podría complicar las cosas al cedente, pues sin la existencia del mismo, sería suficiente con el contrato documentado en escritura pública para solicitar el alzamiento del embargo[640].

c) Incumplimiento del contrato.

En todo el articulado de la Ley se contienen previsiones sobre el incumplimiento del contrato y sus consecuencias. En primer lugar, el art. 3.4 LCF prevé la posibilidad de que el cedente inste la resolución si la licencia no se ajusta a los pactos (cuando el contrato se ha celebrado antes de la obtención de la licencia) o si las obras no se han iniciado en el plazo acordado; en estos casos será necesario un requerimiento fehaciente al cesionario. Este precepto da relevancia resolutoria a un supuesto en el que se prevé que el cesionario no va a cumplir en las condiciones pactadas, aunque la obligación principal de entrega de la obra aún no se haya incumplido. Según deriva del Preámbulo de la norma, se trata de una "facultad de resolución del contrato de carácter cautelar", independientemente del régimen normal de la resolución por incumplimiento del plazo estipulado. Esta previsión guarda parentesco con lo que dispone el art. 1503 CC, para el contrato de compraventa, pues el vendedor que tiene fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida puede, dice el precepto, promover inmediatamente la resolución de la venta. Realmente, se generaliza a todo contrato, mediante su inclusión en la Ley, un supuesto que

[640] Vid. MICÓ GINER, J., CABANAS TEJERO, R., y JUÁREZ, M. J., "La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura", en op. cit., pág. 44; RUDA GONZÁLEZ, A., "Cessió de finca o d´edificabilitat...", en op. cit., pág. 22.

normalmente se establecía como condición resolutoria pactada en muchos contratos (falta de licencia o licencia no acorde con lo pactado).

El régimen general que regula el incumplimiento del contrato se recoge en el art. 6.1 LCF, a tenor del cual, "en caso de incumplimiento de las condiciones, las características o el plazo inicial o final estipulados, la persona cedente puede exigir el cumplimiento del contrato, o la resolución del mismo, en ambos casos con la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes". De este modo, queda clara la posibilidad de acudir a la resolución en supuestos que, estrictamente, podríamos considerar de cumplimiento defectuoso, es decir, la Ley, en línea con su finalidad protectora de la situación del cedente, pone a disposición de éste el remedio de la resolución para casos en los que se plantean, conforme al régimen general del Código civil, dudas sobre su procedencia (calidades distintas de los inmuebles, incumplimiento de plazo, etc.). Este régimen resulta adecuado al concepto de incumplimiento contractual establecido en la propia Ley, ya que no sólo la falta de entrega, sino también la entrega en condiciones distintas a las pactadas supone incumplimiento contractual[641].

Se establecen medidas tendentes a facilitar la acreditación del hecho determinante de la resolución. Se trata, de una especificación de la regla general según la cual la resolución se produce extrajudicialmente, salvo que alguna de las partes se oponga y haya que acudir al juez. Así, la acreditación del incumplimiento de las condiciones, características y los plazos puede hacerse por acta notarial o, si procede, por certificación de la autoridad administrativa (art. 6.3 LCF).

Tanto estas últimas previsiones, tendentes a facilitar la efectividad de la resolución, como la amplitud del supuesto de hecho determinante de este remedio permiten que el cedente pueda reaccionar en casos muy comunes en la práctica y en los que se planteaban problemas. Es necesario reconocer que a pesar de que pueda resultar, en apariencia, un

[641] A la hora de regular el cumplimiento, la Ley trata dos cuestiones ligadas a los requisitos del pago o cumplimiento de la obligación del cesionario: el requisito de la integridad del pago, que recoge el art. 3.5 LCF, así, la obligación de la persona cesionaria sólo se entiende cumplida cuando la entrega de la obra se hace en las condiciones y con las características pactadas. Si no se ha estipulado nada en este sentido, la obra ha de ser entregada íntegramente, con todos los requisitos de habitabilidad o los que sean necesarios para el uso a que se destine. Y el carácter no personal de la obligación del cesionario, pues salvo pacto en contrario, la actividad de construcción puede ser realizada y entregada por persona distinta del cesionario, de acuerdo con el art. 3.6. Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Una primera lectura de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca...", en op. cit., págs. 212-213. PLANA ARNALDOS, M.ª C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 327.

régimen de incumplimiento excesivamente gravoso (por ejemplo, al permitir la resolución por incumplimiento del plazo para construir), tiene en cuenta que, en la práctica, en estos supuestos, el cedente quedaba desprotegido y, además, las consecuencias establecidas una vez resuelto el contrato hacen que el acreedor sólo recurra a este remedio cuando verdaderamente estemos ante un caso de incumplimiento, ya que producida la resolución tendrá que indemnizar por la obra construida[642].

En cualquier caso, las partes pueden estipular que la no realización de la obra en las condiciones, las características y los plazos de ejecución estipulados tenga el carácter de condición resolutoria automática (art. 6.2 LCF). La ventaja que ofrece la condición pactada es la posibilidad de inscribirla en el Registro de la Propiedad, con la función de garantía que ello conlleva. El carácter automático de la resolución se modera al establecer el art. 7, que para que opere ésta, se precisa la notificación fehaciente al cesionario y a los terceros titulares de derechos constituidos sobre la finca y la no oposición del cesionario en un plazo de quince días. Se permite así al deudor, a pesar del carácter automático de la resolución, un cierto margen para poder cumplir u oponerse. En relación a la resolución del contrato de cesión y la restitución de las prestaciones por los contratantes, el art. 8 LCF soluciona la cuestión estableciendo expresamente la aplicabilidad de los criterios de la accesión[643]: como consecuencia de la resolución del contrato, la persona cedente recupera la propiedad de lo que había cedido y hace suya, por accesión, la obra realizada, con obligación de resarcir por ello a la persona cesionaria y, si procede, a los terceros[644].

---

[642] En este sentido, vid. PLANA ARNALDOS, M.ª C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, op. cit., pág. 325.

[643] Del contenido del art. 8 LCF, podemos distinguir los siguientes efectos: 1) Para el cedente: recuperar la propiedad (o titularidad) que había cedido; mantener la propiedad de la obra que se haya realizado sobre la finca. La construcción es, en aplicación de los principios de la accesión, del propietario del suelo en el que esté; todo ello sin perjuicio de los pagos que, en evitación de un enriquecimiento injusto, deba hacer el cedente al cesionario y, a los terceros que tengan derechos, en el supuestos en que no se les mantenga en su adquisición. 2) Para el cesionario: ha de devolver la cosa al cedente, en el estado en que se encuentre; pierde la obra realizada; está obligado a costear el derribo de la obra, en el supuesto previsto en el apartado 2, del art. 8. Todo ello, sin perjuicio del derecho a recobrar determinadas sumas que se configuran como obligación del cedente. 3) Para terceros: en general, los efectos que la resolución producen no difieren de los ya previstos en el régimen general (cfr. art. 1124 CC, arts. 11 y 37 LH, y art. 13 RH).

[644] Muy crítica con el art. 8 se muestra ZURITA MARTÍN, pues considera que este dispositivo de resolución se acerca bastante al mecanismo de la condición resolutoria explícita de la compraventa, con la diferencia de que en aquél se establece un plazo preclusivo para que el cesionario se oponga a la resolución, oportunidad que no se da al comprador por el art. 1504 CC. En cuento a los efectos de la resolución, el precepto no queda exento de criticas, porque la recuperación del inmueble por el cedente, haciendo suya la obra realizada sobre el mismo, es algo que se viene incluyendo en el clausulado de este tipo de contratos. En segundo lugar, la obligación de resarcir que impone esta norma, restringe considerablemente el derecho de accesión de lo edificado del cedente, puesto que éste no dispondrá del montante a que asciende dicha indemnización cuando la obra se encuentra en una fase avanzada de ejecución. La autora considera que la

VI.- ADQUISICIÓN DEL DOMINIO Y CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Se argumenta por las distintas posiciones doctrinales, defensoras de atribuir al adquirente de piso sobre plano "algo más" que un simple derecho de crédito, la necesidad de que el objeto sobre el que recae su derecho debe encontrarse determinado, lo que se consigue con el otorgamiento de la escritura de división horizontal, en caso de inexistencia del piso en la realidad material, por encontrarse simplemente proyectado. Sin embargo, resulta que, normalmente, el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal, no se realiza de forma previa al inicio de las ventas de las distintas unidades privativas; es por ello, que en sede de prehorizontalidad, la determinación del momento y de los intervinientes en dicho otorgamiento reviste una gran importancia.

Ante la urgencia de clarificar los derechos del adquirente sobre plano, lo deseable sería que fuera indubitado el tiempo en que debe procederse al otorgamiento del título constitutivo, y que fuera previo al inicio de las ventas de las distintas unidades privativas; pero ninguna norma obliga, expresamente, al propietario único del edificio –el promotor-vendedor, o promotor-constructor-, a otorgar el título constitutivo antes de empezar a vender los departamentos[645].

A pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley de propiedad horizontal de 1960 se resalta que en la misma se presta especial atención a todo lo concerniente a la constitución del régimen de la propiedad horizontal, lo cierto es que cuando se desciende de esta manifestación de intenciones al concreto articulado de la Ley, se observan numerosas deficiencias e imperfecciones en su regulación. Una de estas carencias se encuentra, precisamente, en la determinación de las personas legitimadas para otorgar el título constitutivo. Para la solución de este problema se ha considerado que debe aplicarse

---

Ley catalana podría haber dado entrada en este artículo, a distintos efectos resolutorios en función de los diferentes estadios constructivos. Aplicando, a favor del cedente, la opción del art. 361 CC, pudiendo optar entre indemnizar al cesionario u obligar a pagarle el precio del terreno (vid. "Reflexiones en torno a la Ley 23/2001, de 31 de diciembre,...", en op. cit., págs. 242-245).

[645] En relación con el tema que estamos abordando, resulta interesante lo que establece la Ley del Parlamento de Cataluña 23/2001, de 31 de diciembre de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura (BOE 2-2-2002, núm. 29), en su artículo 1: "*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 con indicación de cada uno de los adjudicatarios y, *cuando lo que hay que 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*".

el régimen previsto en el artículo 5.2 LPH. Si bien este párrafo segundo se refiere, en realidad, a la determinación de la cuota de participación, dado que la misma ha de fijarse necesariamente en el título constitutivo, creemos que no ofrece dudas que lo que el precepto dispone para aquélla, es aplicable también al otorgamiento de éste. En consecuencia, de acuerdo con el art. 5.2 LPH, el título constitutivo deberá ser redactado por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes (por unanimidad, cfr. art. 17.1 LPH), por laudo o por resolución judicial. Lo mismo es aplicable a la modificación del título, conforme al art. 5.4 LPH. Por tanto, el propietario único puede otorgar o modificar por sí solo el título constitutivo "al iniciar su venta por pisos".

La previsión de este precepto parece partir de una radical distinción entre aquellos supuestos en que no han comenzado a ser vendidos los distintos departamentos del inmueble, perteneciendo todo él en propiedad al constructor, en cuyo caso podrá por sí solo otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal; y, las situaciones en que han finalizado por completo las operaciones de enajenación de los pisos y locales, que ya pertenecen a distintos titulares dominicales, que se reúnen en Junta y acuerdan por unanimidad, el contenido del título constitutivo, olvidando que el proceso de transmisión de la propiedad de inmuebles, en nuestro Derecho, puede ser dilatado y complejo, con lo que son frecuentes situaciones intermedias que no se corresponden exactamente con las descritas. Es lo que ocurre en los casos en los que la formulación del título constitutivo se realiza una vez iniciadas las ventas de los pisos, pero antes de procederse a su transmisión dominical (*traditio*), por haberse pospuesto la autorización de la escritura pública para un momento posterior, que puede coincidir con el pago de la totalidad del precio, o bien con la finalización y entrega de las obras.

1.- LEGITIMACIÓN PARA OTORGAR EL TÍTULO CONSTITUTIVO.

Uno de los puntos más conflictivos que se presentan al analizar el título constitutivo es determinar cómo debe entenderse la expresión utilizada en el art. 5.2 LPH, cuando legitima al propietario único "al iniciar su venta por pisos", para otorgar unilateralmente el título constitutivo de la propiedad horizontal del edificio.

Existen dos posibles soluciones: primeramente, entender que hasta que no concurra una situación de pluralidad de propietarios, el titular dominical único se encuentra

legitimado para otorgar por sí solo el título constitutivo, sin perjuicio de que pueda existir incumplimiento en el estricto ámbito de las obligaciones contractuales; en segundo lugar, juzgar que el inicio de las ventas constituye el punto de inflexión a partir del cual el titular único pierde la legitimación para configurar por su cuenta el título constitutivo que habrá de gobernar el edificio.

A) El inicio de las ventas se produce desde que se comienza a transmitir efectivamente la propiedad de los pisos o locales.

Los requisitos para la transmisión de la propiedad, a través de la teoría del título y el modo, se traducen en el contrato de venta, acompañado de una entrega simbólica u ocupación efectiva. Por tanto, como cuando el dueño del edificio inicia las ventas por contratos privados, sigue siendo el único propietario, mientras no haya algún tipo de entrega, hasta ese momento, estaría legitimado para otorgar, por sí solo, el título y para modificarlo. Así, la confusa referencia "al iniciar las ventas", no alcanza al simple contrato, sino al mismo como acto dispositivo (título) que transmite efectivamente el piso o local (con el modo)[646]. De acuerdo con esta línea argumental, parece deducirse, nos guste o no, que, dado el tenor literal del artículo 5.2 de la Ley de propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, se exige la condición dominical plena de quienes formalicen el título constitutivo, puesto que, textualmente, el mencionado precepto, admite la legitimación de "todos los propietarios existentes", no de los adquirentes de unidades independientes del edificio; de tal forma, que el precepto debe interpretarse como que el propietario único se encuentra legitimado para configurar jurídicamente el edificio, hasta que se inicie la transmisión dominical de los pisos o locales[647].

---

[646] SSTS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 4469), 19 de octubre de 1982 (RJ 5563), 17 de julio de 1987 (RJ 5799), 6 de noviembre de 1992 (RJ 9229), 24 de enero de 1994 (RJ 439), 11 de junio de 1994 (RJ 4810), 30 de marzo de 1999 (RJ 2421), entre otras.

[647] Parecen admitir esta interpretación CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 510: cuando argumentan que el art. 5 LPH no habla de adquirentes, sino de propietarios. Pese a una jurisprudencia inicial protectora de los intereses de los compradores en documento privado de pisos en construcción, los requisitos para la transmisión de la propiedad a través de la teoría del título y el modo, han determinado que el promotor del edificio esté legitimado para otorgar por sí solo el título constitutivo, aun cuando hubiera iniciado o culminado las ventas de los elementos privativos en documento privado, a no ser que se hubiera producido una entrega simbólica o una ocupación efectiva. También GÓMEZ MARTÍNEZ, C., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 70: tienen claro que hay que negar la necesidad de intervención, a los compradores con pacto de reserva de dominio (si el título constitutivo se ha otorgado antes de que pagaran la parte de precio aplazada), a los compradores en contratos de promesa de venta o, a los compradores que hubieran comprado estando el edificio en construcción, si el título constitutivo se otorgó antes de que poseyeran efectivamente el piso adquirido. Es más, incluso si se

Ante esta situación, se deseaba[648] que tuviera lugar un cambio legal, que se esperaba que pudiera venir con la Ley de reforma de la Propiedad Horizontal de 6 de abril de 1999, modificando dicho precepto legal, en el sentido de que se exigiera la intervención, no de todos los propietarios, sino de "todos los adquirentes", bastando a tales efectos la existencia del título adquisitivo, cualquiera que fuera su clase, y sin necesidad de probar si se verificó o no la entrega. Pero con desolación, hay que contemplar como se ha perdido la oportunidad legal de zanjar la polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a este espinoso asunto, pues el precepto mencionado no ha experimentado cambio alguno.

B) El inicio de las ventas se verifica desde el momento en que comienzan a celebrarse los contratos de compraventa.

Los defensores de la segunda solución[649], consideran que una posible explicación del artículo 5.2 LPH, es que la expresión antes mencionada debe ser entendida como "antes de iniciar su venta por pisos", de forma tal que, la única posibilidad que tiene el promotor o constructor de otorgar unilateralmente el título constitutivo es que todavía no haya celebrado ningún contrato de compraventa, vendido algún piso, aunque sea en documento privado y sin haberse verificado la entrega, queda cercenada toda posibilidad de que concurra por sí solo, pues en el otorgamiento del título han de participar, no sólo los que ya son propietarios de algún piso o local, sino también los adquirentes de los mismos, aunque en el momento de proceder al acto constitutivo no sean todavía titulares dominicales. "Las ventas", se entienden en su aspecto meramente obligacional, cualquiera que sea su forma de documentación y haya existido o no tradición. Si bien es cierto que el art. 5 LPH se

---

trata de compradores que han adquirido en escritura pública, ya que un requisito fundamental y necesario para que el vendedor pueda otorgar la tradición de la finca (con el efecto traslativo de la propiedad que ello implica), sea la tradición ficta o real, es que dicho vendedor sea poseedor efectivo de la finca, aunque dicha posesión sea indirecta o civilísima; de donde se sigue que si la finca vendida no estuviese todavía construida en el momento de la venta, no se podría poseer y, por tanto, no se podría producir la tradición que perfeccionara la traslación del dominio, del promotor que vende al tercero que compra.

[648] Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal. El titulo constitutivo y su impugnación judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 97; y LÓPEZ FRÍAS, M.ª J., "La intervención de los compradores de viviendas por documento privado en el otorgamiento o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Comentario a la STS de 18 de julio de 1997", en *RDP*, julio-agosto 1999, pág. 571.

[649] En esta línea, encontramos algunas sentencias que sostienen que los compradores en documento privado de los pisos deben intervenir necesariamente en la constitución de la propiedad horizontal. Lo curioso de estas decisiones, es que en algunas de ellas, se atribuye a dichos compradores la cualidad de propietarios sin entrar a analizar si hubo o no modo o entrega a su favor, haciendo caso omiso del segundo requisito necesario, para que en nuestro Derecho exista adquisición de la propiedad. Vid. SSTS de 9 de junio de 1967 (RJ 3983), 29 de abril de 1970 (RJ 2053), 3 de febrero de 1975 (RJ 326), 3 de diciembre de 1986 (RJ 7194), 27 de febrero de 1987 (RJ 1001), 25 de julio de 1991 (RJ 5421), 31 de diciembre de 1993 (RJ 9920), 28 de enero de 1994 (RJ 571); también la Audiencia Territorial de Granada de 18 de julio de 1981 (*RGD*, julio-diciembre 1982, pág. 1992).

refiere al acuerdo de todos los propietarios existentes y el comprador sin tradición no es tal, una interpretación de la norma acorde con la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada, puede llevar a entender que la exigencia de intervención de todos los propietarios incluye también a los que hubiesen comprado un piso o local o adquirido cualquier derecho sobre los mismos, aunque la tradición no hubiese tenido lugar y el contrato no se hubiese consumado en la esfera real. Entender otra cosa significaría dejar, en cierto modo, el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes contratantes, puesto que el objeto del mismo no lo constituye sólo la descripción material o física del bien, sino también su configuración jurídica. Esta afirmación debe hacerse extensiva no sólo al piso o local en cuestión, sino también al edificio en su conjunto[650].

Como exponente de una posición sobre este tema, indudablemente excepcional, cabe citar la STS de 18 de julio de 1997 (RJ 5516). El caso discutido en dicha sentencia consistía en la modificación efectuada del título constitutivo de la propiedad horizontal, sin el preceptivo consentimiento unánime de todos los copropietarios, sobre la base de la inexistencia de tradición por haberse plasmado los contratos de compraventa de los pisos en documentos privados de compraventa. El argumento del vendedor-recurrente es el siguiente: "La modificación de la escritura de constitución de propiedad horizontal, con alteración de las cuotas de participación de los comuneros, es posterior a la firma de los documentos privados en los que se plasma el contrato de compraventa de los pisos, pero anterior al otorgamiento de la escrituras públicas relativas a los mismos, es perfectamente legal y no puede ser atacada por la tesis de la existencia de los referidos documentos privados, puesto que los mismos no constituyen modo de adquirir la propiedad, aunque, desde luego y, en esto, se está de acuerdo, sí constituyen título suficiente para ello".

Frente a ella, el Tribunal Supremo responde en el siguiente sentido: "pues bien, esta tesis y teoría debe ser respetada desde un plano intelectual, pero nunca será compartida como base suficiente para sustentar el presente motivo casacional. Se dice lo anterior teniendo en cuenta lo que la reciente doctrina civilista denomina, espiritualización de la *traditio*, como modo de adquirir la propiedad, que en razón a poderosas razones

[650] Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, "Comentario del artículo 5 LPH", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, op. cit., pág. 113. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Código de propiedad horizontal, (comentarios y formularios)*, tomo I, op. cit., págs. 526 y ss. GÓMEZ CALLE, E., "Otorgamiento y modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal por el propietario único del edificio...", en op. cit., pág. 326. SOLÍS VILLA, "Comentario al artículo 5 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal...*, op. cit, pág. 135.

socioeconómicas ha indicado un evidente acercamiento a los sistemas consensualistas de la teoría del título y el modo. Pero, es más, al estimar que únicamente el otorgamiento de escritura pública como *traditio* instrumental puede establecer un modo de adquirir la propiedad suficiente, es una tesis demasiado atrevida, pues es claro que el artículo 1462.2 CC, habla de otorgamiento de la escritura pública como equivalente a la entrega de la cosa objeto del contrato, lo que no significa la existencia de un *numerus clausus* excluyente, sino sólo una indicación, susceptible de ser ampliada (...). Sobre todo, cuando es un hecho incuestionable que puede probarse la tradición real, como entrega de la cosa, mediante documento privado en el que se formalice la compraventa[651] (...). Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo considera, en la sentencia comentada, que aparte del nacimiento de la obligación a través del título, se da la adquisición para los actores-recurridos, del derecho real de propiedad a través del modo. Con ello, la actuación de la parte recurrente ha significado una perfecta trasgresión del artículo 16 de la Ley 21/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal, cuando se exige en él la unanimidad de todos los copropietarios para la modificación del título y, por ende, de las cuotas de participación; unanimidades que no se dieron en la escritura que sirvió de base a la inscripción registral".

C) Nuestra postura.

En primer lugar, nos parece que negar al comprador de un piso sobre plano, dada la imposibilidad de adquirir algo inexistente, la condición de propietario, es una afirmación demasiado rotunda que requiere ciertas matizaciones, ya que, por un lado es perfectamente viable la entrega mediata al comprador, sin una culminación absoluta de la obra, bastando que el espacio privativo esté suficientemente delimitado, sin que haya de descartarse, *a priori,* la posibilidad de que hubiese algún tipo de entrega, por el hecho de que el constructor continúe realizando su trabajo en el interior del mismo. Para proteger al comprador-consumidor frente a posibles abusos del promotor, LORA-TAMAYO[652], afirma que, cuando el desplazamiento posesorio no puede hacerse por no estar acabado el edificio en construcción, el comprador al que no se le ha otorgado la escritura, tampoco tiene la

[651] Respecto de esta sentencia, LÓPEZ FRÍAS, M.ª J., considera que no está al alcance de las partes eliminar la tradición, además la única posibilidad de que un documento sirva de título y modo, queda reservada en nuestro Ordenamiento únicamente al documento público, a no ser que del mismo se dedujere otra cosa, según el artículo 1462.2 CC ("La intervención de los compradores de viviendas por documento privado en el otorgamiento o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Comentario a la STS de 18 de julio de 1997", en *RDP*, julio-agosto 1999, pág. 570).

[652] LORA-TAMAYO, 1ª Ponencia en el *V Congreso Notarial Español*, celebrado en Granada del 8-11 de octubre de 1993.

posesión material del piso al tenerla el constructor, pero si éste le está ya reconociendo como propietario, es decir, reconociéndole el *señorío* sobre la cosa, pues en ocasiones, por indicación del vendedor, es con el comprador con el que se entiende el constructor para todo lo concerniente a la terminación del piso (puntos de luz, armarios empotrados, etc.) podría sostenerse que el comprador tiene una posesión adecuada a la naturaleza del objeto y apta para la *traditio*.

En toda caso, aun comprobándose que el título traslativo de dominio no va acompañado de modo, lo que excluye la intervención de los adquirentes en documento privado del otorgamiento de la escritura de división horizontal que ha de regir la comunidad en que se integra el piso comprado, no ha de olvidarse que dichos adquirentes son titulares de un *ius ad rem*, figura que puede ser utilizada para intensificar la protección de los adquirentes en documento privado, reconociéndoles alguna vía impugnatoria con fundamento en este derecho, más fuerte que el meramente personal que les atribuye el título de su adquisición, aun faltando el modo.

Aun cuando se argumentara que el comprador en documento privado no seguido de entrega, no es propietario, tiene en su poder el contrato de compraventa que ha de ser cumplido y respetado. Aquí reside su fuerza[653]. El titular del contrato de compraventa sí que está plenamente legitimado para exigir el cumplimiento íntegro del documento pactado. De tal forma, que aunque no pueda intervenir en el otorgamiento o modificación del título constitutivo y los estatutos, sí puede, siempre que el contenido de éstos afecte o perjudique a los derechos estipulados en su convenio, reclamar el riguroso cumplimiento de su contrato o, en su caso, la resolución del mismo con las indemnizaciones que correspondan. Con esta solución, no es que se pueda lograr la invalidez o nulidad del título otorgado unilateralmente por el promotor, el título seguirá siendo válido. Pero sí que

[653] En esta línea la STS de 16 de julio de 1986 (RJ 4570), declara la nulidad de la escritura de división horizontal otorgada por el vendedor de los pisos del edificio, utilizando como argumento decisorio, que infringió lo dispuesto en el contrato privado de compraventa suscrito con el comprador-demandante, al atribuirse en exclusiva elementos comunes del inmueble que deben ser compartidos, sin que la reserva a su favor, contenida en el contrato, para señalar los coeficientes de participación, legitime su actuación limitativa del derecho de propiedad adquirido con el mismo. Resulta muy interesante cómo interpreta la cláusula contenida en los contratos privados de compraventa la sentencia de la AP Pontevedra de 4 de mayo de 1992 (AC 682), según la cual, la constructora contratante "puede formalizar la escritura de división horizontal con los pactos, estipulaciones y distribución de cuotas de participación que considera oportunas", en el sentido de que la delegación se refiere sólo a la organización interna de la comunidad, a la distribución de las cuotas y a cómo ha de regirse, pero nunca a crear otros ámbitos de comunidad con terceros. Si bien la expresión literal "que considere oportunas", puede inducir a la admisión de estipulaciones de toda índole, el contenido de los contratos previamente suscritos limita al constructor y le obliga a respectar los derechos que de ellos nacieron para los compradores. Del mismo modo la STS de 11 de junio de 1994, (RJ 4810).

supone un arma eficaz para vetar actuaciones indiscriminadas por parte de promotores y constructores en orden a la merma de los derechos que corresponden por contrato a los adquirentes[654]. La STS de 30 de marzo de 1999 (RJ 2421), que considera que la "la confusa referencia *al iniciar la venta por pisos*, no alcanza al simple contrato sino al mismo como acto dispositivo (título) que transmite efectivamente el piso o local (con el modo)", consciente de la desprotección del comprador que se deriva de tal interpretación, trata de resolverlos o al menos aliviarlos, reconociendo su derecho a exigir del vendedor responsabilidad por incumplimiento del contrato, por haber alterado el objeto del contrato cercenándolo.

En cualquier caso, de las dos tesis expuestas[655], nos parece más convincente la segunda. Ahora bien, consideramos que el tema concreto del otorgamiento del título constitutivo debería situarse al margen de la existencia o no de una efectiva transmisión del dominio sobre el piso o local en estado de construcción[656]. En este sentido, nos parece que son razones de justicia social, en atención a los intereses en juego, las que llevan a señalar que el promotor o propietario único carece de legitimación para otorgar por sí solo el título constitutivo, una vez iniciado el proceso de venta de los diferentes espacios susceptibles de utilización individual. Esta solución nos parece que es más respetuosa con el tenor literal del art. 5.2 LPH, pues "venta", alude a contrato de compraventa y, obviamente, no es lo mismo que transmisión de la propiedad. Además, protege mejor a quienes compran un piso y tardan algún tiempo en tomar posesión de él (aunque vayan pagando importantes sumas de dinero); ello es así, porque les asegura que el promotor no va a poder regular o variar unilateralmente cuestiones que pueden afectar directamente al objeto que han comprado y

---

[654] DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal. El titulo constitutivo y su impugnación judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 100 a 102. También LÓPEZ FRÍAS, M.ª J., "La intervención de los compradores de viviendas por documento privado en el otorgamiento o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Comentario a la STS de 18 de julio de 1997", en *RDP*, julio-agosto 1999, pág. 572.

[655] Estas aparentes incongruencias son las que nos llevan a interrogarnos sobre el momento en que se ha generado un derecho (real) oponible *erga omnes* en el proceso de la construcción de viviendas o locales, sobre la existencia o no de una protección asimilable, al menos en parte, a la de los derechos reales, en ciertas situaciones que se generan a lo largo del proceso de adquisición.

[656] En el mismo sentido SOLÍS VILLA (en "Comentario al artículo 5 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal...*, op. cit, pág. 135), rechaza aquellas interpretaciones que reducen excesivamente la protección del adquirente de pisos en construcción amparándose en una concepción excesivamente dogmática, que todo lo hace girar en torno al momento en que se entiende transmitido el dominio, no muy conforme con la realidad social, e incluso, con el propio legislador, que cada vez más admite la necesidad de intervenir en actos dispositivos del propietario, en atención a múltiples razones y cualidades, que nada tienen que ver con la titularidad dominical (*cfr*. art. 1320 CC y vivienda habitual). Igualmente ECHEVERRIA SUMMERS, *El estatuto de la propiedad horizontal*, Comares, Granada, 2000, págs. 148 y ss.

a los derechos derivados del contrato que han suscrito. Hay que tener en cuenta que en el título se contienen aspectos tan esenciales como la descripción de todo el inmueble y de cada uno de los elementos privativos y comunes, la cuota de participación, los estatutos (que también tiene fundamental importancia en la regulación de la comunidad, ya que en ellos se puede asignar a los titulares de algunos departamentos privativos el uso exclusivo de ciertos elementos comunes, o prohibir el desarrollo de ciertas actividades en el edificio, o fijar una contribución en gastos comunes distinta a la resultante de la cuota de participación).

Cuando las ventas se inician antes del otorgamiento del título constitutivo, suelen efectuarse sobre plano o partiendo del proyecto del arquitecto legalmente autorizado y, no es extraño que sea grande el grado de indefinición en torno a la configuración de algunos elementos comunes. De esto puede valerse el propietario único si se le permite otorgar por sí solo el título constitutivo aun después de haber comenzado las ventas. Pero es que, si éstas se inician después de haberse otorgado ya el título, habiéndolo conocido los compradores y habiendo confiado en su contenido, permitir al propietario en exclusiva, por el hecho de serlo, que modifique unilateralmente su contenido, puede dar lugar a claros abusos y, a que el comprador vea seriamente cercenados los derechos resultantes del título dado a conocer y vigente al tiempo en que celebró su contrato. Piénsese que con el otorgamiento del título, aun antes de iniciar las ventas, ha quedado constituido el régimen de propiedad horizontal, aunque sea de manera formal o preventiva, porque la plena operatividad de ese régimen queda supeditada a la concurrencia de sus presupuestos de hecho, pero mediante esa constitución formal, el otorgante del título habrá fijado cuestiones esenciales para la configuración del inmueble y el futuro funcionamiento de la comunidad[657].

Hay que tener en cuenta, además, que si para que el título constitutivo otorgado antes de iniciarse las ventas afecte a los sucesivos compradores se considera necesario que éstos lo conocieran (sea porque constara inscrito en el Registro de la Propiedad, sea porque se les informó de su existencia por otra vía, art. 5.3 LPH), ¿qué sentido tendría entonces entender que, después de celebrados los contratos de venta, el dueño único puede modificarlo por sí solo?. Defender esto, supone mantener que las innovaciones así

[657] Argumentos defendidos por GÓMEZ CALLE, E., "Otorgamiento y modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal por el propietario único del edificio (comentario a la STS de 30 de marzo de 1999 [RJ 2421])", en *RdP*, núm. 4, 2000-1, pág. 327.

introducidas, afectan a los compradores aunque no hayan tenido ocasión de conocerlas. Por lo mismo, tampoco es coherente con la exigencia expuesta, el que el propietario que no ha redactado el título antes de vender, pueda hacerlo después, de modo vinculante para los compradores y aunque éstos no tuvieran noticia alguna de su posible contenido al comprar.

Por otro lado, si se defiende la necesidad que tiene el promotor de recabar autorización de los diferentes compradores para las reformas que afecten de manera importante a la superficie, distribución o calidad de los pisos y locales[658], no parece lógico que se excluya a éstos de la participación en un acto, tan importante para la configuración definitiva del objeto del contrato, como es el otorgamiento o formación del título constitutivo, y de los estatutos. Este parece ser, el factor determinante para que se obligue a los promotores a tener a disposición del público el estatuto de la futura comunidad, en caso de existir, desde el inicio de la promoción, publicidad y venta de los diferentes pisos o locales (cfr. art. 5 RD 515/1989).

Lo cierto es que echamos de menos una norma con rango de Ley que contemple, expresamente, la obligación del promotor de protocolizar notarialmente, antes de realizar ninguna venta, los documentos jurídicos básicos de la vivienda (tales como escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, reservas de derechos a favor del promotor, las normas de la comunidad, etc.).

2.- POSICIÓN DEL ADQUIRENTE DE UN PISO EN CONSTRUCCIÓN ANTE EL OTORGAMIENTO O MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL TÍTULO CONSTITUTIVO POR EL PROMOTOR-VENDEDOR CONSTITUYENTE DEL RÉGIMEN.

De acuerdo con lo que hemos mantenido anteriormente, a nuestro juicio, de la redacción del art. 5.2 LPH, se desprende que, una vez iniciadas las ventas, el propietario único pierde legitimación para otorgar por sí solo el título constitutivo. Sin embargo, somos conscientes de que se trata de una solución incompleta que puede dar origen a situaciones no deseadas.

---

[658] Esta obligación se consagra en el artículo 10.b).1º, del RD 515/1989, de 21 de abril, cuyo tenor es el que sigue: "las reformas de obras motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca".

Es evidente, que el principal problema se encuentra en el inconveniente que representa el hecho de que no se exija ningún tipo de publicidad[659] en la redacción de estos contratos, siendo suficiente con el documento privado para que se origine la restricción de la legitimación. Ello supone, en principio, la creación de un estado de enorme inseguridad en el tráfico, ya que, si para determinadas actuaciones se debe contar con el consentimiento de todos los titulares de derechos que recaigan sobre el objeto en formación y se desconoce cuáles sean éstos, el acto estará viciado *ab initio*. Piénsese en el supuesto de que alguno de los compradores venda, a su vez, el piso a un tercero, o el de que se hubieran vendido más pisos de los que el promotor afirma. Además, esta falta de publicidad conlleva que, en numerosas ocasiones, notarios y registradores, desconozcan la celebración de las referidas operaciones, admitiendo e inscribiendo títulos y estatutos redactados irregularmente por el propietario único, con posterioridad al inicio de las ventas. Dicha situación dará lugar, por otro lado, a que ingresen en la comunidad terceros –compradores de pisos o locales-, cuya adquisición se realiza de conformidad con lo establecido en el título constitutivo que ha sido otorgado unilateralmente por el promotor, sin el consentimiento de los compradores anteriores; produciéndose, en este último caso, un conflicto a tres bandas, pues el título otorgado unilateralmente respeta los contratos de unos y va contra lo establecido en los de otros, por lo que hay pretensiones contrapuestas cruzadas: adquirentes contra el promotor y contra otros adquirentes.

Sea como fuere, parece que el único medio que garantiza íntegramente la protección de los intereses de los compradores de los diferentes pisos o locales, al margen de las posibilidades examinadas para el acceso a una titularidad dominical *ab initio*, pasa por dotar de publicidad a los diferentes actos o contratos relativos a los pisos del edificio en construcción. Para ello, deberían elevarse a escritura pública, sin que dicha circunstancia tenga que representar, necesariamente, transmisión de la propiedad. Con posterioridad, convendría que se hicieran constar en el Registro, siendo el medio más idóneo para ello el de la anotación preventiva, ya que se trata de situaciones transitorias que, partiendo del mundo de las obligaciones, se encaminan a constituirse en auténticos derechos reales. No obstante, se encuentran con el obstáculo insalvable que representa el *numerus clausus*, con el que este tipo de asientos registrales se halla regulado en nuestra

[659] Como acertadamente ha destacado ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., *El estatuto de la propiedad horizontal*, Comares, Granada, 2000, pág. 145.

legislación hipotecaria. Por esta razón, nos sumamos a aquella corriente doctrinal[660] que viene demandando una reforma legislativa encaminada a incrementar el elenco de actuaciones susceptibles de anotación preventiva. En cualquier caso, a expensas de que se verifique dicha modificación, debemos concluir que la única forma de dotar de publicidad registral a estas actuaciones, es la de consignarlas mediante nota marginal en el folio de la finca principal y, en su caso, también en el folio abierto al piso correspondiente.

Queremos destacar las Resoluciones de la DGRN de 24 y 25 de julio de 1991, (RJ 4659 y 4660, respectivamente), en las que, discutiéndose sobre la procedencia de la anotación preventiva de una demanda en que se pretende el otorgamiento de la escritura pública relativa a unos pisos y locales vendidos en documento privado sin haberse otorgado con anterioridad ni la declaración de obra nueva ni la escritura de división horizontal, entiende la Dirección General que dicha situación plantea múltiples posibilidades de conflicto que podrían terminar en una indefensión del comprador, por lo que deviene necesaria una adecuada ponderación de todos los elementos concurrentes que hagan posible la obtención de soluciones equilibradas que, a la vez que dan satisfacción a la necesidad de protección del comprador, sean cohonestables con las exigencias de seguridad, certeza y fluidez propias del tráfico jurídico inmobiliario. En tal sentido, admite que, desde que se produzca acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y el destino de las viviendas o locales, procede la inscripción registral y la anotación preventiva de demanda que se pretendía, de modo que las viviendas y locales pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca pudiera tener el demandante, si el juez estima la demanda. Tal expresión, “término de referencia”, podría servirnos para que el adquirente en documento privado pudiera intervenir en el otorgamiento del título constitutivo, privando de legitimación para hacerlo unilateralmente al propietario único.

No obstante, conviene recordar que estas afirmaciones van referidas, única y exclusivamente, a salvar la protección de la apariencia registral en los supuestos de transmisión de derechos.

---

[660] Vid. ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., *El estatuto de la propiedad horizontal*, op. cit., págs. 155-156; CHICO Y ORTIZ, “La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad”, en *Ponencias y Comunicaciones al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, op. cit., pág. 233; GARCÍA-ARANGO DÍAZ SAAVEDRA, C., "La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción", *RCDI*, núm. 551, julio-agosto1982, pág. 946.

Pero, al margen de dichas hipótesis, insistimos en que no debe discriminarse entre las ventas formalizadas en escritura pública o en documento privado, siendo ineficaz por falta de legitimación, el otorgamiento del título constitutivo o de sucesivas modificaciones a éste de forma unilateral por el propietario único o promotor con posterioridad al inicio de las ventas. Vamos a distinguir diversas situaciones:

En primer lugar, cuando el título constitutivo es otorgado por el propietario único del edificio, y además, antes de iniciar las ventas de pisos y locales, no se plantea problema alguno de legitimación para dicho otorgamiento unilateral del título (y, en su caso, de los estatutos). Es mas, esto debería ser lo preceptivo. Ahora bien, para que el mismo vincule a los posteriores adquirentes de departamentos, es necesario que se informe de su contenido a los compradores, salvo que previamente constasen inscritos en el Registro de la Propiedad, pues en tal caso, la publicidad registral suple el conocimiento efectivo[661] (como se deduce del art. 5.3 LPH, el título ha de acceder al Registro a efectos de publicidad, pues, de otro modo, no perjudicará a terceros).

Por otra parte, si el propietario único del edifico pretende alterar las reglas generales del edificio (siempre que se trate de alteraciones permisibles) y que éstas vinculen a los posteriores adquirentes, debe reservarse tal facultad expresamente, antes de iniciar las ventas, en el correspondiente título constitutivo ya otorgado, y dar a conocer dichas alteraciones mediante la publicidad de las mismas; o bien, hacerlas constar en los correspondientes contratos de venta, a fin de obtener el consentimiento de los adquirentes sobre dichos extremos (ya que una vez otorgado el título constitutivo, se requiere unanimidad de los propietarios reunidos en Junta para su modificación –art. 17.1 LPH-, por ello, son nulas las escrituras de subsanación, rectificación o modificación otorgadas por el promotor por asumir competencias que corresponden a la Junta de propietarios –STS 28 de enero de 1994 [RJ 571]; y RDGRN de 27 de junio de 1991 [RJ 5696]-).

Es por ello, que para evitar la ineficacia de una posterior modificación unilateral, los contratos de compraventa y la misma escritura de división horizontal suelen contener cláusulas por las que el promotor se reserva la posibilidad de modificar, subsanar o concretar lo dispuesto en el título constitutivo, así como cláusulas de apoderamiento por las

[661] Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Civil (Estudios sobre la Propiedad Horizontal)*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 310-311. También GÓMEZ CALLE, E., "La significación del título constitutivo en el régimen de la Propiedad Horizontal", en *ADC*, op. cit., págs. 1554-1555

que se anticipa el consentimiento de los propietarios a las futuras modificaciones del título. La jurisprudencia ha establecido las condiciones de eficacia de tales reservas[662]:

Sólo serán eficaces[663] las cláusulas de reserva de la facultad de subsanación o corrección de errores por parte del promotor que no perjudiquen los derechos de los propietarios, siendo nulas[664] las escrituras que pretendan verdaderas modificaciones del título constitutivo amparadas en dicha reserva, por contravención del actual artículo 17.1 LPH.

Lo dispuesto en los contrato de compraventa –coincidentes con el título inicial-, prevalece sobre las modificaciones que, posteriormente, quieren llevarse a cabo sobre el título constitutivo por parte del promotor-vendedor, aunque la posibilidad de tales modificaciones se hubiese impuesto a los compradores en la propia escritura de división horizontal (STS de 30 de junio de 1988 [RJ 5195]).

La cláusula incluida en los contratos de compraventa por la que el adquirente declara conocer y aceptar el contenido del título constitutivo, y por tanto, también la cláusula de reserva o apoderamiento a favor del promotor para modificar el título constitutivo contenida en el mismo, ha de interpretarse en consonancia con la protección otorgada por la legislación de los consumidores (arts. 10, 10 bis, y Disposición adicional

---

[662] En este sentido seguimos a CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª ed., Dilex, Madrid, 2000, págs. 512-513.

[663] Vid. SSTS de 25 de julio de 1991 (RJ 5421), 8 de octubre de 1993 (RJ 7315).

[664] El supuesto de hecho contemplado por la STS de 10 de mayo de 1999 (RJ 2886), es el siguiente: el recurrente, propietario de una vivienda en un edificio en régimen de propiedad horizontal, demanda al constructor del mismo, solicitando la demolición de la nueva planta construida por éste sobre la azotea, en virtud de un derecho de sobreelevación. Sucede que las ventas de viviendas en documento privado se habían iniciado, cuatro años antes, del otorgamiento unilateral del título constitutivo por parte del promotor; y que el derecho de elevación objeto del litigio, no se reservó *ab initio* en la escritura de división horizontal, sino en un instrumento otorgado por el vendedor nueve meses después, aclaratorio de aquélla, en el que se corregía la omisión, por error, de dicha reserva de vuelo. La conclusión, sobre el tema que nos ocupa, que extraemos de la sentencia mencionada, es la siguiente: El constituyente del derecho de vuelo ha de estar legitimado, tanto para otorgar el título constitutivo en que se constituye el derecho de vuelo, como para modificar aquél, estableciéndolo *ex novo*, en el caso de que tal derecho no estuviese constituido originariamente en la división horizontal del edificio. Y no lo estará, si no es el único propietario del inmueble al tiempo del otorgamiento del título que constituye el derecho, o si tras el válido otorgamiento que no contiene reserva alguna, adquieren la propiedad de elementos privativos en el inmueble otros sujetos amparados en la redacción originaria del título, en cuyo caso es necesario su consentimiento para tal constitución (arts. 17 y 12 LPH). Sobre esta resolución, vid. ALBALADEJO, M., "La reserva del derecho de sobreedificación (cancelatorio a la sentencia de 10 de mayo de 1999)", en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, págs. 17 a 29. GALVÁN GALLEGOS, A., "Imposibilidad de la reserva por el promotor del derecho de vuelo sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999)", en *Act. Civil*, 1999, referencia LXXV. GONZÁLEZ CARRASCO, C., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999", *CCJC*, núm. 51, septiembre-diciembre 1999, págs. 1081-1093.

primera de la LCU) al comprador sometido a cláusulas no negociadas individualmente. No debe ser vinculante para el consumidor, a efectos de una posterior impugnación, la aceptación del contenido de textos y documentos cuyo contenido no se proporcione simultáneamente a la firma del contrato o la aceptación de condiciones contractuales –como la aceptación del contenido del título, y con él, sus cláusulas de reserva o apoderamiento-, que puedan acabar creando una posición contractual desequilibrada[665]. En definitiva, se ha optado por una interpretación restrictiva de las cláusulas de reserva, ya que suponen una restricción a las facultades dominicales (RDGRN de 4 de noviembre de 1997 [RJ 828]).

Si el otorgamiento del título constitutivo se produce por quien ya ha transmitido la propiedad de los departamentos, o bien, por el propietario único del inmueble, pero después de haber iniciado las ventas de los pisos, aún cuando no haya transmitido la propiedad de los mismos, ante a esta problemática, son varias las opciones que se vienen barajando por nuestros autores.

La primera de ellas, pasa por el recurso al instituto del no perjuicio, entendido como falta del carácter oponible frente a tercero, y según el cual, no habrán de perjudicar a los compradores iniciales aquellas cláusulas otorgadas o modificadas sin su consentimiento con posterioridad a la fecha que figure en sus respectivos contratos. Esta solución parece encontrar apoyo legal en el art. 5.3 LPH, respecto de los estatutos no inscritos. El título otorgado o modificado sin el refrendo de los compradores no debería afectarles, esto es, no debería serles oponible cuando cercena sus derechos[666].

La segunda posibilidad[667] es aquella que concluye en la nulidad de la actuación verificada por el vendedor sin el consentimiento de los diferentes propietarios, en el

---

[665] SSAP de Toledo 20 de junio de 1993 (en *Actualidad Civil*,1993-4), y 21 de febrero de 1994 (AC 351). También art. 5.2 RD 515/1989, de 21 de abril.

[666] No comparte esta opinión ECHEVERRIA SUMMERS, ya que, para el autor, este argumento representa una burla para los principios hipotecarios, puesto que la inoponibilidad se refiere al supuesto de que un negocio perfectamente válido, celebrado conforme a lo dispuesto en la Ley y no afectado por causa de rescisión, y por tanto, normalmente, de general eficacia, el que, a pesar de ello, no puede alegarse u oponerse (es como si no existiera), respecto de otra u otras personas determinadas. En este caso, falta la premisa básica, ya que nos encontramos con un negocio ineficaz. Se trata, pues, de una solución conformista, por cuanto desea dar satisfacción a los intereses de ambas partes, evitando, con ello, la necesidad de afrontar el estudio de la polémica. En realidad, es cierto que a los propietarios interesados no les puede perjudicar el estatuto, pero no en virtud del principio de inoponibilidad de lo no inscrito, sino por ser ineficaces en su origen (vid. *El estatuto de la propiedad horizontal*, op. cit., pág. 154).

[667] Sobre este particular, vid. RICO MORALES, N., "La prehorizontalidad", en *Lunes cuatro treinta*, núm. 219, septiembre 1997, pág. 29. Esta parece ser también, la solución que apunta PRATS

entendimiento de que en el art. 5 LPH se consagra un sistema similar al de las "ventas a término" del Ordenamiento francés. En estos supuestos, aunque la propiedad del solar y de la construcción la conserva el vendedor hasta su terminación, una vez se finaliza ésta, y se consuma la adquisición por parte del comprador en el momento de la entrega, los efectos de la misma se retrotraerán a la fecha del contrato, ocasionando la nulidad de todas aquellas actuaciones que entretanto pudiera haber efectuado el vendedor.

Otra alternativa[668], considera que obligaría al comprador a pasar por todo aquello que hubiera realizado el vendedor, con independencia de las responsabilidades que se le pudieran exigir en el ámbito contractual. Esta línea mantiene la legitimación del propietario único del edificio, aun con posterioridad al inicio de las ventas, en tanto no haya mediado entrega de la cosa en cualquiera de sus formas (art. 1462 CC).

Para concluir, en estos supuestos está claro que carece de legitimación para hacerlo unilateralmente (a no ser, que los compradores le hubiesen autorizado expresamente para ello, o bien, se produzca la confirmación posterior por todos los demás copropietarios). La consecuencia que se deriva, mientras no sea ratificado por los adquirentes que celebraron sus contratos, con anterioridad al mismo, y dado que se trata de una actuación en la que existe una falta de legitimación, es la ineficacia, y no la nulidad del título. De hecho, no podemos olvidar que, en numerosas ocasiones, la comunidad ratifica la actuación llevada a cabo por el promotor, con posterioridad al inicio de las ventas. Pueden suceder dos cosas:

En primer lugar, en la medida en que la redacción del título constitutivo se haya ajustado a lo convenido con los propietarios y adquirentes en sus respectivos contratos y, en lo no convenido expresamente, al régimen general previsto en la Ley de propiedad horizontal, éstos no podrán objetar nada a ese título que plasma y concreta sus derechos y obligaciones. En tal caso, una vez que los distintos propietarios asumen, mediante su ratificación posterior, este documento, que se limita a realizar una concreción del régimen

---

ALBENTOSA, aunque con una confusa argumentación, ya que, después de señalar que la venta de pisos en construcción se encuentra sometida a la condición resolutoria que representa la efectiva construcción de los pisos y locales conforme a proyecto, añade que, llegado el momento, el régimen de la propiedad horizontal quedará constituido con efectos retroactivos desde el momento del inicio de las ventas. Parece que el recurso a la eficacia retroactiva implica la previa existencia de una condición suspensiva, y no resolutoria (vid. *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, MONTÉS PENADÉS, V., y LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (coordinadores), Tirant lo Blanc, Valencia, 1994, pág. 418).

[668] Esta solución se ha visto refrendada por diferentes sentencias judiciales (entre otras, SSTS de 24 de enero de 1994 [RJ 439], 17 de julio de 1987 [RJ 5799], ó 10 de noviembre de 1981 [RJ 4469]), y ha sido confirmada por el SEPIN (en *Revista Jurídica SEPIN*, núm. 136, abril, 1994, págs. 17-19).

de la propiedad horizontal, aun cuando haya sido redactado por una sola persona, podrá operar como título constitutivo[669].

Por otra parte, el problema surge cuando existe contradicción entre los contratos de compraventa consumados previamente y el título constitutivo otorgado unilateralmente después por el promotor-vendedor, en el que se imponen cargas a los propietarios o se les priva de derechos estipulados en sus contratos. En estos casos, los adquirentes pueden reclamar judicialmente la adecuación del título otorgado al contenido de sus contratos de compraventa, siempre que no existan otros compradores posteriores que amparen su adquisición en el título, que aunque otorgado indebidamente, se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad (por la apariencia jurídica que se crea en aplicación del art. 34 LH)[670].

La enorme problemática que hemos expuesto, se ve dulcificada por una serie de factores: en primer lugar, por la normal honestidad que, sobre estas cuestiones, suele presentar la actuación de los promotores[671] que, bajo el asesoramiento y control notarial, se limitan, en la mayoría de las ocasiones, a remitirse a la normativa legal, siendo conscientes de que el otorgamiento de la escritura de división horizontal y los estatutos, en su caso,

[669] La validez y eficacia de tal documento puede admitirse siempre y cuando su sentido se limite a autorizar una redacción unilateral del título constitutivo que no sea sorpresiva, esto es, que respete los derechos adquiridos por los compradores en virtud de sus contratos y no venga a recortarlos ni a gravarlos, pues esto es lo que se trata de evitar cuando se prohíbe al propietario otorgar el título después de haber iniciado las ventas. En ningún caso puede verse en estas cláusulas una autorización al vendedor para que modifique a su voluntad la configuración del objeto y los derechos adquiridos por el comprador (arg. art. 1256 CC). Vid. GÓMEZ CALLE, E., "Otorgamiento y modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal por el propietario único del edificio...", en op. cit., pág. 329.

[670] CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 510-511; ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., *El estatuto de la propiedad horizontal*, op. cit., pág. 153. A diferencia de los autores anteriores, GÓMEZ CALLE, considera que, si bien es cierto, que pueden resultar perjudicados otros compradores, como es el caso de aquéllos que adquirieron confiando en el contenido del título constitutivo que les muestra el vendedor que éste redactó unilateralmente cuando ya no estaba legitimado para ello, y que ignoran las ventas privadas realizadas con anterioridad al momento del otorgamiento, sin embargo, considera prioritaria la protección de los primeros compradores, ya que de la Ley de propiedad horizontal resulta que el propietario único no puede configurar por sí solo el régimen de propiedad horizontal, una vez que comienza a vender los departamentos, en consecuencia, ese defecto de legitimación debe afectar a los adquirentes posteriores, sin perjuicio, de que éstos puedan exigir al vendedor la consiguiente responsabilidad por incumplimiento (en esta línea la STS de 29 de abril de 1970 [RJ 2053]). Vid "Otorgamiento y modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal por el propietario único del edificio...", en op. cit., págs. 328.

[671] En este sentido, desde algunos sectores de nuestra doctrina se aboga por la necesidad de superación de la idea generalizada que se tiene del promotor como un ser irresponsable que sólo comete arbitrariedades, cuando, en realidad, es él, el principal perjudicado por el clima de desconfianza que se crea en torno a su figura, pues, cualquier irregularidad que cometa durante el proceso de construcción, va a originar que los nuevos compradores se nieguen a adelantar cantidades de dinero a cuenta del piso futuro, con lo que se encarece el producto, al verse obligado a recurrir a la financiación profesional (vid. MUÑOZ DE DIOS, G., "El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas", en op. cit., pág. 1060).

puede conducirles, en el caso de que ingrese en la comunidad un tercero protegido por la apariencia registral, a una situación de incumplimiento contractual, con las consecuencias económicas que de ello se deriven. Por otra parte, por la desidia o pasividad de los adquirentes, que al elevar a escritura pública sus contratos, suelen ratificar la actuación verificada unilateralmente por el promotor, quizá inducidos por la ignorancia de la Ley y el desconocimiento de la significación real que tiene adquirir una vivienda o local en un edificio sometido al especial régimen jurídico de la propiedad horizontal. Y no podemos olvidar, la inclusión en los diferentes contratos de compraventa de cláusulas de estilo[672], por la que el promotor o propietario único se reserva la facultad de otorgar el título y el estatuto, en nombre de todos y cada uno de los compradores, atribuyéndose a este apoderamiento un carácter irrevocable.

3- OTORGAMIENTO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO Y PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Desde el punto de vista formal, la inscripción separada de las escrituras de venta de pisos y locales no será posible si, previamente, no se otorga el título constitutivo de la propiedad horizontal (art. 8.5 LH), surge así, un problema meramente hipotecario[673], ya que en virtud del principio del tracto sucesivo (art. 20 LH) solamente el titular registral puede otorgar la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, aunque la jurisprudencia exija la concurrencia de los demás copropietarios, incluso los adquirentes en virtud de documento privado. Se trataría de una discordancia entre, lo que LUCINI

[672] En relación con esta atribución de poderes por parte de los compradores al promotor-vendedor, o con la aceptación del título ya redactado por él, pueden diferenciarse varias fórmulas: a) concesión por los compradores en documento privado de un poder (frecuentemente concebido como irrevocable) al constructor para que proceda al otorgamiento del título y redacción de los estatutos; b) concesión de un poder irrevocable y simultanea aceptación de los estatutos que "se redactasen". Esta última cláusula, unida a la anterior, no parece añadir nada nuevo al apoderamiento, si bien, refuerza la idea de vinculación del concedente al contenido de la normativa que elabore el vendedor; c) existencia de compradores en documento privado que aceptan, en los posteriores documentos públicos, el título otorgado en el ínterin unilateralmente por el promotor; d) los compradores de pisos y locales que realizan sus adquisiciones después del otorgamiento del título, manifiestan en sus contratos que conocen y aceptan el contenido de aquél (a veces, se hace referencia sólo a los estatutos, que incluso, pueden constituir un anexo a los contratos de compraventa). En tal caso, estas declaraciones sólo serán efectivas si se tratase de un título no inscrito, careciendo, de lo contrario, de relevancia porque el Registro le atribuye efectos *erga omnes* y su contenido vincularía a los adquirentes aunque no hicieran tales manifestaciones por vía contractual; e) introducción en el contrato privado de compraventa, como verdaderas condiciones generales, de normas que luego han de integrar necesariamente el contenido de los estatutos que se aprueben "por acuerdo de todos los propietarios existentes", al haber sido aceptadas por los compradores, o que harán innecesaria la redacción de aquéllos por su exhaustividad. Para un análisis pormenorizado de estas cláusulas vid. ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., *El estatuto de la propiedad horizontal*, op. cit., págs. 159-179; también DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal. El titulo constitutivo y su impugnación judicial*, op. cit., págs. 111-141.

[673] VENTURA- TRAVESET, A., *Derecho de propiedad horizontal*, op. cit., pág. 28.

CASALES[674] llama, la titularidad sustantiva de los nuevos propietarios y la titularidad formal o registral, del promotor-constructor, de forma tal que, a los efectos estrictamente tabulares, el único legitimado para otorgar la escritura de división horizontal que ha de acceder al Registro de la Propiedad sigue siendo este último, a cuyo nombre aparece inscrito el solar, con exclusión de quienes, según la Ley de propiedad horizontal, podían concurrir ya, a la formalización del título constitutivo[675].

Dos soluciones de tipo práctico propone VENTURA-TRAVESET[676] en estos casos, consistentes, por un lado, en la comparecencia en la escritura pública de compradores y vendedor, los primeros para prestar su conformidad con lo otorgado[677], y el segundo a efectos del tracto sucesivo; y por otro, que comparezca solo el vendedor, pero se limite, como titular registral (no propietario), y a los efectos de la reanudación del tracto sucesivo, a la mera formalización de una situación preexistente, expresando, únicamente, su declaración de voluntad de dividir la finca en régimen de propiedad horizontal, que no es más que la constancia de lo que tácitamente declaró al iniciar las ventas, sin pretender alterar o modificar zonas o elementos comunes. Todo ello, a los solos efectos de su constancia en el Registro de la Propiedad. Si olvidando la situación preexistente, la modifica en alguna forma, su actuación puede ser impugnada.

Se ha propuesto, por algún autor[678], la posibilidad de imponer forzosamente la escritura pública y la inscripción registral, siempre que se enajene un apartamento, de esta manera sería mucho más eficaz la protección de los adquirentes de pisos o locales y la garantía de su participación en el acto de otorgamiento del título constitutivo. Sin embargo,

---

[674] LUCINI CASALES, "Comentario a la STS de 18 de junio de 1970", en *ADC*, julio-septiembre 1971, pág. 1073.

[675] Estas objeciones ya fueron opuestas por ALEGRE GONZALEZ, "El título constitutivo de la propiedad horizontal y el principio de tracto sucesivo", en *RDN*, julio-diciembre 1971, págs. 311-329. Este trabajo está orientado, sin embargo, más que a resolver el problema, a evitar que surja, pues las sugerencias del autor están basadas en una comunidad, bien sobre el solar y la construcción, bien sólo sobre el primero -combinando en este caso la comunidad, con la concesión de recíprocos derechos de levante o superficie o con el juego del principio general de accesión-, integrada por quienes van a ser propietarios de los espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, dejando de lado el mecanismo de acceso a la propiedad a través del contrato de compraventa con un promotor.

[676] VENTURA-TRAVESET, A., *Derecho de propiedad horizontal*, op. cit., pág. 29.

[677] Para salvar tal obstáculo formal, el título constitutivo deberá ser otorgado por el promotor en cuanto único titular escriturario y registral, pero, para evitar la posible nulidad de este título, deberían intervenir para prestar su consentimiento los compradores o adquirentes de derechos o bien, hacer constar su adhesión al referido título constitutivo en las escrituras de venta o en otra separada, en este sentido ROCA SASTRE, R. Mª. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, tomo III, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, pág. 314.

[678] FUENTES LOJO, J. V., *La ley de propiedad horizontal, después de la reforma de 6 de abril de 1999*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 105 y ss.

estamos de acuerdo con DÍAZ MARTÍNEZ[679] en que la mecánica registral impide que se inscriba ninguna adquisición de derechos dominicales sobre unos espacios físicos no delimitados e individualizados en el Registro de la Propiedad, lo cual, sólo puede acontecer meditante el acceso de la escritura de constitución de la propiedad horizontal.

Si bien los problemas registrales relativos al tracto sucesivo parecen de profunda raíz, en gran medida pueden atajarse, al menos alguno de ellos, con la admisión del empleo, por parte de los propietarios de pisos o locales en documento privado, del expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido[680]. En tal sentido, en los casos en que no figure en el Registro la escritura de división horizontal y hayan sido enajenadas todas las unidades privativas del inmueble, se ha propuesto que los nuevos propietarios que deseen inscribir sus derechos pueden recurrir al expediente de dominio que, en este caso, no se limita a declarar el derecho de propiedad de los actores, sino que declara también la existencia de una obra nueva –el edificio sobre el solar, que sí estaba inscrito- y el sometimiento de los propietarios de los diferentes pisos y locales al régimen de propiedad horizontal, aun cuando hasta el momento lo único que constase en los libros en relación con esa finca fuese el dominio del solar. Así pues, este sistema se desarrolla al margen del artículo 8, apartados 4º y 5º LH, puesto que genera el resultado final de inscribir en el Registro de la Propiedad, en sus correspondientes folios autónomos, unos pisos o locales comprados en documento privado, partiendo directamente de la inscripción del solar en que se ha erigido un edificio, que funcionaba como propiedad

[679] DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal. El titulo constitutivo y su impugnación judicial*, op. cit., pág. 145.

[680] Pueden verse al respecto la Resolución de la DGRN de 18 de junio de 1991 (RJ 4656), en este sentido por lo que se refiere a la obra nueva, indica que es propio del expediente para la reanudación del tracto sucesivo declarar el dominio sobre la finca inscrita según el estado actual de la misma –cfr. artículos 201.2º y 202 LH- y en lo atinente a la constitución de la propiedad horizontal, que tampoco es obstáculo para la reanudación del tracto por el auto que declare justificado el dominio, el que resulte que éste no pertenece sólo a una persona, sino a varias, sea en condominio ordinario (cfr. artículo 278 RH), sea en cualquier otro tipo de cotitularidad, incluido, por tanto, el supuesto de pertenencia en régimen de propiedad horizontal. En la Resolución de 24 de abril de 1998 (RJ 3568), además de insistir en que el expediente de dominio es un título hábil para declarar que sobre un edificio se hallaba constituido el régimen de propiedad horizontal, rechaza el argumento de que su aptitud debía de ser desechada por no haber sido promovido por todos los cotitulares del inmueble sino sólo por los propietarios del piso alto, de los dos con que constaba el edificio, ya que, por un lado, es obligatoria en el expediente la citación de todos ellos y, por otro, no se pretende la declaración de la titularidad de las restantes cuotas en el condominio, sino sólo la del promotor. Puede observarse que el supuesto es casi idéntico al anterior, puesto que se insta un expediente de dominio que declara la existencia de una parcela de terreno, que sobre ella se construyó un edificio de dos plantas, posteriormente constituido en régimen de propiedad horizontal con dos elementos privativos y, que el piso alto pertenece a los promotores del expediente, cuya inscripción registral a su nombre finalmente ordena.

horizontal de hecho por pertenecer las distintas unidades independientes a otros tantos propietarios individuales, pero que carecía de título constitutivo[681].

Sobre este tema, SOLÍS VILLA[682], no considera necesario ni conveniente que se acuda a estos rodeos. Desde el punto de vista notarial, todo consentimiento exigido sustantivamente por una norma, puede prestarse en escritura pública, aunque se carezca de título inscrito e, incluso, de título formal alguno. El consentimiento así prestado será plenamente eficaz y cortará, de raíz, toda posible impugnación del otorgante o sus causahabientes. Respecto del expediente de dominio, aparte de su dificultad, no cabe en este caso, pues se adquiere directamente del titular registral, por lo que no hay tracto que reanudar. En opinión del autor, sería posible la inscripción, si la división horizontal la otorga el titular registral y los demás propietarios, ya que el art. 20 LH impide la inscripción si el acto no aparece otorgado por todos los titulares registrales, pero no debe ser óbice para la inscripción a favor del titular registral de la división horizontal otorgada por él y por otros propietarios, sin inscribir a favor de éstos, pero haciendo constar en la inscripción la razón de su concurrencia al acto.

[681] En este sentido vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Comentario a la disposición adicional única de la Ley 8/1999", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, op. cit., pág. 855; también, de la misma autora, *Propiedad horizontal. El titulo constitutivo y su impugnación judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 147.

[682] SOLÍS VILLA, I., "Comentario al artículo 5 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal...*, op. cit., págs. 137-138.

CAPÍTULO TERCERO

LOS DEFECTOS EN LA VIVIENDA ATENDIENDO A LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

I.- SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA VENTA DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN. ACLARACIÓN CONCEPTUAL.

1.- EL VENDEDOR-PROMOTOR.

En la venta de pisos en construcción, como en todo contrato de compraventa, las partes contratantes que intervienen son el vendedor y el comprador. La razón por la utilizamos el término "promotor", descansa en que es esta figura la que celebra el contrato con el adquirente, apareciendo directamente vinculado con éste como vendedor. Por otra parte, dado que el vendedor, no sólo se obliga a entregar la cosa, sino también a construirla o a procurar su construcción a través de terceras personas, nos parece más preciso utilizar el concepto de promotor-vendedor, o bien, el de promotor-constructor[683].

A) La figura del promotor.

La articulación de la responsabilidad del promotor-vendedor por los defectos o vicios de la construcción era uno de los grandes problemas que planteaba la regulación del Código civil. La normativa del contrato de obra presentaba algunas lagunas sobre este aspecto ya que, al no ser constructor, no estaba legitimado pasivamente, al menos literalmente, para ser destinatario de las acciones nacidas del artículo 1591 CC[684]. El adquirente de los pisos o locales estaba ligado con el promotor en virtud de un contrato de compraventa y por ello, en principio, sólo podría demandar al promotor-vendedor por la vía de las acciones edilicias, especialmente previstas para esa relación contractual. Sin

[683] Esta puntualización no se realiza con la intención de extraer algún tipo de consecuencia en relación con la responsabilidad del promotor por defectos de la construcción (cfr. arts. 9.1 y 17.3 LOE), simplemente pretendemos poner de manifiesto el carácter complejo que reviste esta modalidad contractual.

[684] Si se trata del promotor-constructor, no plantea dudas su legitimación pasiva *ex*. art. 1591 CC, vid. en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario a la STS de 9 de mayo de 1983", en *CCJC*, núm. 2, 1983, págs. 595 y ss.

embargo, la regulación de los vicios ocultos en el contrato de compraventa resultaba insuficiente[685], dada la brevedad de los plazos, para proteger al adquirente de los pisos o locales. La ausencia de norma aplicable adecuada fue solventada por la labor de la jurisprudencia, hasta la aprobación de la LOE.

a) La responsabilidad del promotor antes de la Ley de ordenación de la edificación.

La doctrina y numerosos pronunciamientos jurisprudenciales se afanaban en proponer distintas opciones, a fin de tratar de responsabilizar a la promotora frente al adquirente, ante la existencia de vicios o defectos en la construcción, acudiendo a distintas alternativas[686].

a´) Según las acciones de incumplimiento nacidas del contrato de compraventa.

Una posible opción, fue aplicar las acciones generales de incumplimiento nacidas del contrato de compraventa, *ex*. arts. 1101 y 1124 CC, contra el promotor. Habiendo transcurrido el plazo de las acciones edilicias, el adquirente conservaría las acciones generales nacidas del cumplimiento defectuoso de la prestación por parte del vendedor[687], cuyo plazo es de quince años (cfr. art. 1964 CC).

---

[685] El *Code civil* francés, que regula el contrato de venta de inmuebles a construir como tipo de venta especial, al margen del contrato de obra, en su artículo 1646.1 (redacción dada por la Ley de 4 de enero de 1978), sujeta al vendedor de inmuebles en construcción a las mismas obligaciones que tienen el constructor y arquitecto dentro del contrato de obra.

[686] El Tribunal Supremo desechó otras soluciones del conflicto menos protectoras para el adquirente de vivienda. Vid. por ejemplo la propuesta de ALONSO PRIETO, según la cual, salvo la responsabilidad contractual del constructor-vendedor frente al primer adquirente, en los restantes casos, el constructor y los técnicos sólo responderían frente al perjudicado por la vía del artículo 1902 CC ("Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios", en *RDP*, 1971, págs. 256-257).

[687] Esta fue la solución que consideró acertada el Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de enero de 1983 (RJ 251), ante la alegación de la promotora de la infracción de los artículos que recogen las acciones edilicias en la compraventa. Alguna doctrina ha manifestado que conviene tener cuidado en la aplicación de forma generalizada de esta doctrina, ya que se podría dejar sin contenido las acciones edilicias, especialmente el plazo (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario a la STS de 29 de enero de 1983", en *CCJC*, núm. 1, 1983, págs. 125 y ss.). En la STS de 3 de octubre de 1979 (RJ 3236), se responsabiliza al promotor por los vicios menores en virtud de las acciones generales de incumplimiento. La STS de 21 de marzo de 1996 (RJ 2233), establece que el promotor, además de responder decenalmente, responde del cumplimiento del contrato de compraventa durante 15 años. Otras sentencias que han admitido la posibilidad de los compradores o adquirentes de pisos de acudir a las reglas generales sobre responsabilidad derivada de incumplimiento o defectuoso cumplimiento contractual son la SSTS de 8 de febrero de 1982 (RJ 584), 20 de septiembre de 1985 (RJ 4281), 13 de julio de 1987 (RJ 5461), 17 de julio de 1987 (RJ 5805). La STS de 29 de enero de 1991 (RJ 345) resume las distintas soluciones propuestas por la doctrina para fundamentar la reparación de los defectos no ruinógenos.

b´) Según la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

Igualmente, se intentó fundar[688] la responsabilidad del promotor inmobiliario en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984. Si bien esta Ley incluye en su ámbito de aplicación la adquisición y uso tanto de bienes muebles como de inmuebles[689], no fue la protección de los compradores de estos últimos lo que motivó la promulgación de la mencionada norma, que carece de un tratamiento específico para los casos de construcción defectuosa de viviendas y locales vendidos a terceros. Pero resulta que el artículo 11, regula la garantía que debe acompañar a determinados bienes, en particular a los de naturaleza duradera. Y entre estos bienes, según el Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, se encuentra la vivienda. Esto significa que el adquirente de tales inmuebles tiene derecho a que se le entregue por escrito una garantía y a reclamar el contenido mínimo de ésta (en los términos del artículo 11.3) cuando la vivienda resulte defectuosa. Por otra parte, no parece haber inconveniente para admitir la aplicación del artículo 27 de la Ley, cuando el comprador reclama una indemnización al promotor-vendedor o constructor, por razón de los vicios del edificio, si se entiende que estos sujetos pueden asimilarse al fabricante o suministrador de bienes inmuebles respecto de sus destinatarios finales, los adquirentes o compradores de los pisos[690].

c´) Según su equiparación al constructor, a efectos de la responsabilidad decenal propia del contrato de obra.

También observamos como se ha equiparado el promotor al constructor, a fin de permitir la acción directa contra él del adquirente, *ex*. art. 1591 CC, estimándose que su

---

[688] Esta solución es aplicada por las SSAP de Barcelona de 14 de junio de 1993 (AC 1356) y 14 de julio de 1994 (AC 1467).

[689] Varios autores han afirmado que el artículo 11 es aplicable a los inmuebles: DUQUE, J., "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Estudios de Consumo*, núm. 3, diciembre 1984, pág. 77; PARRA LUCÁN, M. A., "Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *ADC*, 1988, pág. 529; RUBIO GARRIDO, T., "La garantía del artículo 11 LCU", en *ADC*, 1990, pág. 893.

[690] Partidario de la aplicación de la Ley de consumidores GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1996, pág. 423. Si bien como afirma Rodrigo BERCOVITZ, en materia de vicios de la construcción, la Ley de consumidores no aporta prácticamente nada a la defensa del consumidor, pues lo que de esas normas se puede deducir, ha sido consagrado hace años por una jurisprudencia consolidada (vid. "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*, realizados por A., y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 258 y ss.); en el mismo sentido que el último autor citado, GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción (estudio del artículo 1591 del Código civil y su problemática actual)*, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1994, pág. 255.

calidad de propietario no le exime de responsabilidad. El Tribunal Supremo[691] se vio forzado a elaborar la doctrina del promotor, ante la necesidad práctica de adaptar las viejas reglas del Código civil, en materia de compraventa y arrendamiento de obra, a los nuevos supuestos del tráfico inmobiliario actual, interpretándolas en consonancia con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, como ordena el art. 3.1 CC, con la finalidad de proteger adecuadamente a los adquirentes o compradores de pisos en régimen de propiedad horizontal. Se señala por el Alto Tribunal que la figura del promotor, es equiparable, en cuanto a consecuencias jurídicas, a la del contratista contemplado en el artículo 1591, ya que, si bien no se encuentra prevista expresamente en dicho precepto, ello obedece a razones puramente cronológicas, al no ser conocida la figura del promotor-vendedor al tiempo de la promulgación del Código civil. La identificación con el contratista, se ha fundado en criterios tales como el común fin de lucro, (dado que la obra se realiza en su beneficio y su labor se encamina al tráfico de la venta a terceros), en el control que el promotor ejerce sobre la obra (pues es quien elige y contrata al contratista y técnicos) y en la garantía que representa para los adquirentes la interposición de su imagen comercial.

Cuando la jurisprudencia ha extendido el régimen del contrato de obra y la responsabilidad decenal del artículo 1591.1 CC, a este protagonista de la actividad constructiva moderna, lo ha hecho reputándolo contratista o constructor del edificio defectuoso, unas veces propiamente, cuando el promotor, aparte de los cometidos típicos de la figura como ser propietario del terreno, propietario del edificio, vendedor de los pisos y locales del mismo, etc., reúne en su persona la condición efectiva de constructor, al asumir también la tarea de ejecutar por sí mismo la obra, hipótesis del promotor-constructor, y otras impropiamente, bajo la ficción jurídica de calificar como constructor a quien, si bien no ejecuta materialmente la edificación, contrata a las diversas personas y técnicos que llevan a cabo la obra (constructor, arquitecto, aparejador), desempeñando, por tanto, una función de intermediación, coordinación y orquestación de los múltiples gremios

[691] La jurisprudencia se inicia con la SSTS de 11 de octubre de 1974 (RJ 3798) y 17 de octubre de 1974 (RJ 3896), contando hoy día con un cuerpo de doctrina jurisprudencial totalmente consolidado: entre otras SSTS de 8 de noviembre de 1978 (RJ 3505), 9 de marzo de 1981 (RJ 904), 25 de enero de 1982 (RJ 307), 1 de marzo de 1984 (RJ 1194), 13 de junio de 1984 (RJ 3236), 11 de febrero de 1985 (RJ 545), 28 de marzo de 1985 (RJ 1220), 20 de junio de 1985 (RJ 3625), 19 de diciembre de 1989 (RJ 8843), 19 de junio de 1990 (RJ 4793), 8 de octubre de 1990 (RJ 7585), 12 de diciembre de 1990 (RJ 9999), 30 de septiembre de 1991 (RJ 6075), 31 de mayo de 1995 (RJ 4103), 8 de mayo de 1998 (RJ 3187), 29 de diciembre de 1998 (RJ 10140), 29 de noviembre de 1999 (RJ 9139), 3 de julio de 2000 (RJ 6877). Una amplia selección de las mismas en LOBATO GÓMEZ, J. M., *Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción*, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 66, Madrid, 1994.

que participan en la construcción, pudiéndose hablar, en este caso, para diferenciarlo del anterior, de mero promotor, de promotor-vendedor o comitente[692].

Antes de la aprobación de la LOE, se había realizado, desde el punto de vista del promotor y su equiparación con el contratista a efectos de responsabilidades *ex.* art. 1591 CC, una curiosa distinción[693] según se tratase de promotor-vendedor de pisos proyectados o en construcción (venta sobre plano), o de pisos construidos y terminados (venta llave en mano)[694].

Así, en la venta de inmuebles por construir no se encontraban grandes dificultades para aceptar la doctrina jurisprudencial que reputa al promotor como contratista, habida cuenta de que el contrato existente entre las partes es un contrato atípico, de carácter complejo o mixto, en el que junto al *dare* de la compraventa, coexiste el *facere* del contrato de obra[695], de modo que el promotor-vendedor no sólo se obliga frente al adquirente a realizar una prestación típica del vendedor, esto es, la entrega del piso vendido, sino que asume también la obligación previa de construirlo, prestación típica del contratista[696].

Mientras en la venta de pisos ya construidos se argumenta, por el contrario, que el promotor-vendedor no puede ser considerado, bajo ningún concepto, como un contratista puesto que cuando el promotor y el comprador se ligan contractualmente, el piso ya existe, no ha existido un encargo de construcción por parte del comprador, ni el vendedor-

---

[692] En este sentido vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos...*, op. cit., pág. 250.

[693] El *Code civil* francés, por un lado, regula la venta de inmuebles a construir como una venta especial en el artículo 1646-1, y por otro, de una forma expresa, encontramos como equipara al constructor, a toda persona que vende, después de terminada, una obra que ella ha construido o hecho construir (art. 1792-1, contenido introducido por la Ley Spinetta, núm. 78-12, de 4 de enero de 1978).

[694] Sobre este punto puede verse CABABILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos (comentario a la STS de 9 marzo de 1981)", en *ADC*, 1982, págs. 878 y ss.

[695] La STS de 23 de febrero de 1983 (RJ 1068), califica el contrato existente en estos supuestos de "naturaleza compleja por la concurrencia del *dare* de la compraventa, con el *facere* del contrato de obra".

[696] Admiten la aplicabilidad del artículo 1591 CC, al promotor-vendedor en la venta de pisos por construir, entre otros, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, págs. 269-270; BATISTA MONTERO-RÍOS, J., "La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir", en *RDP*, marzo 1962, pág. 200; SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J., y GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores", en op. cit., pág. 81; MUÑOZ DE DIOS, G., "El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas", en *RDP*, 1981, pág. 1062; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos...", en op. cit., pág. 925. CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 249-250. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A., "Modalidades en la constitución de los regímenes ...", en op. cit., págs. 162 y 189. LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro...", en op. cit., págs. 281-282.

promotor ha asumido la obligación contractual de construirlo, prestación propia del contrato de obra, por lo que el promotor-vendedor sólo podría responder como vendedor y no como contratista[697].

La distinción anterior, ha sido objeto de crítica por GÓMEZ DE LA ESCALERA[698], que considera que diferenciar la situación del promotor-vendedor, según que la venta se efectúe cuando el piso todavía es un mero proyecto o se halla en fase de ejecución, o cuando ya está concluida su construcción, es algo que se detiene en la pura separación formalista entre el contrato de compraventa y el contrato de obra. Históricamente, teniendo en cuenta la actividad constructiva que se desarrollaba cuando se redactó el Código civil, la distinción entre ambas modalidades contractuales se ve con claridad. En aquel momento[699], los edificios se construían normalmente por encargo del adquirente y, por tanto, la iniciativa de la construcción residía en el propietario o comitente de la obra. En estas circunstancias, la responsabilidad del vendedor que se limita a enajenar un edificio ya construido, sin ninguna conexión o intervención en el proceso edificatorio, como no fuera la del simple encargo de la obra al contratista, y en su caso al arquitecto, parece que no debe extenderse a los defectos de su construcción, que serán plenamente imputables a quienes construyeron.

---

[697] CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, op. cit., págs. 246-247; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos...", en op. cit., págs. 917 y ss. Por su parte, FERNÁNDEZ COSTALES (*El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1976, págs. 372-373), considera que no hay obstáculo para la aplicación del art. 1591 CC al promotor-constructor, pero sí para aplicarlo al simple promotor, por las siguientes razones: en primer lugar, el promotor, como propietario que es, no tiene función específica en la construcción de un edificio, salvo los derechos y obligaciones derivados de los contratos que celebra con esta finalidad, y si interviene, se trataría de un supuesto de inmisión del dueño de la obra; por otro lado, de imponérsele tal responsabilidad al promotor, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad sin facultades.

[698] Considera GÓMEZ DE LA ESCALERA, que diferenciar los efectos del contrato que celebra el promotor con los distintos adquirentes de los pisos, según la fecha de la contratación, no es más que una forma estéril de apegarse al formalismo jurídico, de espaldas a la realidad social y económica de la edificación actual. ¿Por qué debe ser diferente la condición jurídica de quien adquiere un piso antes de estar construido, de la de aquel otro que adquiere el piso del mismo edificio pero después de terminado? ¿No ha desempeñado el promotor-vendedor en ambos casos la misma función económico-constructiva, pues por qué deben ser distintas entonces sus obligaciones en uno y otro caso, respecto a los defectos de construcción? La doctrina del TS en la medida en que no distingue la situación del promotor-vendedor según que haya vendido el edificio antes o después de estar construido, nos parece progresista e irreprochable [*La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción...*, op. cit., págs. 252]. Aceptan la aplicabilidad del art. 1591 CC, al promotor-vendedor, sin distinguir si la venta se hizo antes o después de la construcción del edificio, MULLERAT BALMAÑA, R. M.ª, "La responsabilidad del promotor de edificios. Acciones del comprador de viviendas y locales por causa de defectos", en *RJC*, 1978, pág. 170; MORALES MORENO, A. M., "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", en *ADC*, 1982, págs. 682 a 684.

[699] También hoy, puede surge esta modalidad constructiva, especialmente, en el caso de la autopromoción individual, por persona que no sea profesional de la construcción.

El planteamiento anterior resulta insatisfactorio para la realidad actual, en la que el promotor construye al margen de todo encargo previo de los futuros adquirentes que, normalmente, se convierten en compradores del edificio a iniciativa y por ofrecimiento publicitario del propio promotor-vendedor, cuando éste ya había decidido llevar a cabo su construcción y su comercialización a través de la venta de sus diferentes pisos y locales.

Por ello, la razón por la que el promotor-vendedor debe responder ante los diferentes adquirentes, independientemente de que el piso haya sido adquirido antes de estar construido o después de estar terminado, de los defectos de la construcción, se justifica porque es el animador de la edificación moderna, sobre el que recaen los defectos de construcción del "producto" que él pone en el mercado, en cuanto principal protagonista de su proceso de producción, fabricación o construcción, con independencia del dato, puramente circunstancial, de que el contrato por el cual finaliza su complejo negocio inmobiliario, y que le vincula al adquirente de cada piso o local singular del edificio por él promocionado se efectúe antes, durante o después de la construcción del mismo[700].

b) El régimen jurídico del promotor en la nueva normativa sobre edificación.

Hasta la aparición de la LOE, no había existido en España un concepto legal de promotor de aplicación general. Sí existían perfiles de esta figura en la legislación sectorial –sobre seguridad y salud en la construcción, en la de VPO, en la regulación sobre garantías por cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas-.

El artículo 9 de la LOE[701] considera promotor[702] a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y

[700] En este sentido vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores...*, op. cit., págs. 251-252.

[701] Alguna doctrina ha considerado esta norma como 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 el proceso edificatorio (cfr. GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación", en *RCDI*, núm. 661, septiembre-octubre 2000, pág. 2693), otros, la consideran una norma de escasa calidad técnica, que utiliza un lenguaje vulgar en lugar del término jurídico correspondiente, lo que no facilita su interpretación (vid. CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 9 LOE", en op. cit., pág. 197).

[702] En términos generales, la definición de promotor es análoga a la que se contiene en el artículo 3 de la Ley de Cataluña 24/1991, de 29 de noviembre, que dispone que es promotor de viviendas la persona física o jurídica que decide, programa e impulsa la construcción o rehabilitación, las suministra, aunque sea ocasionalmente, al mercado inmobiliario y transmite su titularidad dominical o las adjudica o cede mediante cualquier título; incluido quien promueve para satisfacer su necesidad de vivienda, individualmente o asociado con otros con la misma finalidad. Por su parte el artículo 15 de la Ley de Madrid 2/1999, de 17 de marzo, define al promotor como aquel que individualmente o bajo alguna forma societaria legalmente establecida lleva a cabo, con organización o medios propios o con la colaboración de terceros, la

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 la nueva LOE, parece articularse la responsabilidad del promotor sobre la base de dos razones o criterios de atribución de responsabilidad[703]. En primer lugar, y en la medida en que se le considera como un agente de la edificación, es decir, es una persona física o jurídica que interviene en el proceso de edificación (arts. 8 y 17.1 LOE), responde de los daños materiales causados en el edificio por los vicios o defectos, de forma individualizada, por actos y omisiones propios (art. 17.2). En segundo lugar, se le tiene por garante incondicional del proceso edificatorio ya que "en todo caso responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción" (art. 17.3). Según se desprende de la Ley, la función del promotor es una posición de responsabilidad general, pero no, necesariamente, de realización material de una obra determinada, la cual puede ser llevada a cabo por el constructor y por los industriales colaboradores.

Al respecto, la doctrina afirma que este primer criterio de imputación de responsabilidad individual del promotor no va a tener mucha virtualidad, pues, si tenemos en cuenta cuáles son las obligaciones del promotor (art. 9.2 LOE), va a ser difícil afirmar que los daños materiales, en algún caso, sean debidos a su actuación directa[704]. Salvo el caso del promotor-constructor (a quien la responsabilidad le es imputable, además de por otras razones, por las mismas que a un constructor *ex.* art. 17.6), el promotor no procede materialmente sobre la obra, no la dirige, no construye, no la proyecta. La responsabilidad

---

construcción de un edificio para enajenarlo o explotarlo, en todo o en parte, bajo cualquier título. Además, se incluyen las entidades privadas, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que, reuniendo las condiciones antes descritas, actúen en beneficio de sus asociados o de comunidades que ellos mismos promuevan.

[703] Distinción que realiza ÁLVAREZ OLALLA, P., *La responsabilidad por defectos en la edificación (el Código civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*), Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 92.

[704] Respecto a las actuaciones impulsora y de programación de las obras, no parecen determinantes para definir al promotor, ya que hasta las reclamaciones de los adquirentes pueden impulsar una obra cuya terminación se demora más de lo previsto, y porque la programación vendrá determinada por la complejidad del proyecto. Menos relevante es la exigencia de que el promotor financie con recursos propios o ajenos (actividad que no aparece incluida en el artículo 3 de la Ley de Cataluña 24/1991). Ninguna de las actuaciones recogidas en el artículo 9.1 LOE se incluyen en la definición de promotor del artículo 15 de la Ley de Madrid 2/1999. Respecto de la situación de promover individual o colectivamente, la norma deja sin aclarar si, en tal caso, el promotor será el colectivo por cuenta del cual se promueve (la cooperativa de viviendas, las personas que integran la comunidad de propietarios) o si, por el contrario, lo será la persona (física o jurídica) que promueve en interés de tal colectivo (vid. CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 9 LOE", en *op. cit.*, pág. 198).

del promotor nunca puede proceder de su actuación u omisión en las actividades desarrolladas durante el proceso.

Por otra parte, son tales las consecuencias que la LOE asocia a la calificación de promotor inmobiliario, ya que responde frente a los propietarios de los vicios o defectos del artículo 17.1 LOE, está obligado a concertar los seguros del artículo 19, que conlleva que su atribución ha de realizarse a través de un criterio de imputación, y que entonces, se advierte[705] que no puede servir como tal, el solo hecho de que la LOE mencione al promotor entre los responsables de la edificación, si no va acompañada de una definición legal de promotor que atribuya a este agente un conjunto de obligaciones y funciones, de las que quepa deducir que el promotor tiene a su cargo la satisfacción del interés del futuro propietario en tener un inmueble sin defectos.

En realidad, la misteriosa fórmula del artículo 17.3 LOE adquiere todo su sentido a la luz de la jurisprudencia que, en los últimos años, ha venido perfilando, bajo el amparo del artículo 1591 CC, la responsabilidad del promotor-vendedor. Según CARRASCO PERERA[706], el sentido de esta última jurisprudencia es que el promotor que vende presta una garantía[707] contractual incondicional de que el bien vendido se ajusta al programa precontractual y a los usos y fines para los que el inmueble debe destinarse. Esta garantía comporta que su responsabilidad es independiente, propiamente, de la imputabilidad de ruina. Se trata de una responsabilidad universal provisoria, que el promotor podrá, posteriormente, repercutir contra el agente de la edificación causante directo del defecto.

---

[705] Vid. CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 9 LOE", *op. cit.*, pág. 198.

[706] Vid. CARRASCO PERERA, A., "La jurisprudencia post-loe ¿ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?", *Aranzadi Civil*, núm. 21, marzo 2002, pág. 26. También CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 9 LOE", *op. cit.*, pág. 200. En el mismo sentido ÁLVAREZ OLALLA, P., *La responsabilidad por defectos en la edificación...*, op. cit., pág. 93 a 95. Igualmente GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación", en *RCDI*, núm. 661, septiembre-octubre 2000, págs. 2702 y ss. también CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La configuración jurisprudencial del promotor como garante", en *ADC*, 1990, pág. 232; del mismo autor, "La evolución de las responsabilidades en la construcción", en *Centenario del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1990, pág. 366; MARTÍ FERRER, M., "La Ley de ordenación de la edificación: el punto de vista del promotor", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 177, abril-mayo 2000, pág. 77; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 134-135. MOLTÓ GARCÍA, J., I., *Los agentes de la edificación (en la Ley 38/1999)*, Montecorvo, Madrid, 2000, págs. 288 y ss.

[707] Se ha criticado el que el legislador no haya dicho directamente que la atribución solidaria de responsabilidad por hechos (vicios o defectos de construcción) en los que no se ha intervenido, o con independencia de la efectiva intervención en ellos, configura una solidaridad en estricta función de garantía y confiere propiamente al promotor la condición de garante de las obligaciones y responsabilidades de los demás intervinientes; en este sentido CADARSO PALAU, J., "La responsabilidad de los constructores en la Ley de ordenación de la edificación. Una aproximación a la nueva disciplina", en *El consultor Inmobiliario*, núm. 7, noviembre 2000, pág. 7.

Esta repercusión será siempre por el todo, pues, por definición, el promotor no constructor no puede tener parte alguna en los defectos por los que fue condenado. Ahora bien, son los adquirentes los únicos acreedores de la obligación del promotor de introducir en el mercado edificaciones idóneas, por lo que la condición de garante incondicional del promotor se agota en la relación externa.

Hoy es una certeza que la jurisprudencia[708] ha llegado a este resultado. Sin embargo no siempre ha aceptado con la argumentación. El origen de las confusiones proviene de que, como históricamente la responsabilidad del promotor-vendedor se elabora por la jurisprudencia como resultado de su equiparación con el constructor[709] (todavía mantenida en SSTS de 23 de septiembre de 1999 [RJ 7266] y 28 de octubre de 1999 [RJ 7631]), alguna vez se puede deslizar el error de que responde por defectos imputables a su persona o que no responde cuando tampoco lo haga el constructor (grave falta que se advierte en la SAP Vizcaya 25 de enero de 1999 [AC 2899], SAP Pamplona 20 octubre de 2000 [AC 2191]).

Parece, pues, que el promotor aparece como el verdadero productor o fabricante del edificio[710], es decir, no es un vendedor cualquiera del piso o local, sino que se trata de un

---

[708] SSTS de 27 de enero de 1999 (RJ 7), 12 de marzo de 1999 (RJ 2375), 23 de septiembre de 1999 (RJ 7266), 13 de octubre de 1999 (RJ 7426), 11 febrero de 2000 (RJ 821), SAP Girona de 5 de octubre de 2001 (AC 16), SAP Córdoba 26 de enero de 2000 (AC 2885), SAP Asturias de 5 abril de 2000 (AC 3379), SAP Jaén 5 febrero de 2001 (AC 963), que sostiene que el artículo 17.3 LOE confirma esta regla jurisprudencial.

[709] Ya antes de la aparición de la LOE, se había criticado por cierta doctrina la equiparación jurisprudencial del promotor al constructor, a efectos de responsabilidad por defectos constructivos ex. art. 1591 CC, considerando que tal equiparación constituía una auténtica ficción (...), arbitraria e incoherente consigo misma pues, en buena lógica, equiparado el promotor al constructor, sólo debería responder de los vicios imputables a este elemento personal de la edificación, es decir, de los vicios de ejecución material. Sin embargo, para el TS el promotor responde tanto de los vicios debidos a culpa profesional del constructor como de los demás intervinientes en la obra. De este modo la responsabilidad del promotor debería configurarse como una responsabilidad por hecho de otro, que hubiera encontrado mejor acomodo en el artículo 1596 CC (GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción...*, op. cit., págs. 254-255). Manteniendo una posición contraria a la anterior, se ha dicho que la responsabilidad del promotor no es una responsabilidad civil por hechos ajenos, al modo de la del constructor por las personas que contrate, o de las que de él dependan, sino que su obligación de responder se produce en virtud de una solidaridad impuesta por la Ley. Y no es una responsabilidad por hecho de otro porque, de un lado la jurisprudencia no ha acudido a esta vía para fundar la responsabilidad del promotor (arts. 1596 y 1903.4 CC), y sobre todo, porque el promotor, como parte comitente del contrato de obra, y enfrentado en su posición contractual al contratista, que debe desempeñar el encargo con medios materiales y personales autónomos, no tiene con el segundo una relación de preeminencia jerárquica que permita fundamentar su responsabilidad en el artículo 1596 o en el 1903 CC (BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., "La responsabilidad civil de los agentes de la construcción", en *Garantías y responsabilidad en la Ley de ordenación de la edificación*, por SEOANE PRADO, J., BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., y COBO PLATA, J. J., Sepin, Madrid, 2000, pág. 63).

[710] En el sentido apuntado por MORALES MORENO, A. M., "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", en *ADC*, 1982, pág. 681.

vendedor que, precisamente, lo ha fabricado. La razón por la que responde descansa en que es vendedor y deudor de una prestación de resultado[711], de ahí, que los futuros propietarios pueden, razonablemente, confiar en la idoneidad del inmueble cuando el mismo es el resultado de una actividad de mercado realizada por quien se presenta ante ellos como un profesional inmobiliario. Y quien participa en el tráfico está obligado a que el resultado de su actividad profesional satisfaga esta expectativa[712].

Por último, incluso se ha llegado a especificar por algunos autores[713] que es la intervención decisoria en la edificación como "profesional del mercado inmobiliario", el criterio de imputación de responsabilidad al promotor. A pesar de que el art. 9.1 LOE no incluya ninguna referencia al ejercicio empresarial[714] de la promoción inmobiliaria, son estos profesionales los que deben ser considerados promotores a los efectos de la LOE, pues, únicamente en estos casos existe un criterio que permite imputar[715] la responsabilidad del artículo 17 LOE. Así MARÍN GARCÍA DE LEONARDO[716], concibe al promotor inmobiliario como una persona cuya profesión tiene por objeto tomar, en el marco de una organización permanente, la iniciativa de realizaciones inmobiliarias, haciéndose responsable de la coordinación de los usuarios de los programas a realizar. Que interviene en la construcción en la medida en que su misión es prestar unos servicios consistentes en concebir la operación, organizarla y coordinarla, desde el punto de vista jurídico, técnico, administrativo y financiero. Se trata de una persona que, dejando a salvo

---

[711] CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pág. 90; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", en *ADC*, fasc. II, abril-junio 2000, pág. 468; LOBATO GÓMEZ, J. M., *Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción*, Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 66, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 21.

[712] Lo ha puesto de manifiesto la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo, sobre venta y garantía de los bienes de consumo, que, con independencia de su origen, imputa al vendedor el riesgo de faltas de conformidad de la cosa que frustran lo que el adquirente puede fundadamente esperar (art. 2). Cfr. también la obligación general de distribuir productos cuya seguridad los consumidores pueden razonablemente esperar (art. 3.2 y art. 4 del RD 44/1996, de 19 de enero, sobre medidas para garantizar la seguridad de los productos puestos a disposición del consumidor, (BOE, núm. 46, de 22 de febrero).

[713] En la definición tradicional de promotor, éste aparece como un empresario inmobiliario, vid. ESCOLANO NAVARRO, J. J., "Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 35, julio-septiembre 2000, pág. 206.

[714] Sí lo hacía la definición contenida en el artículo 1600, del Proyecto de Ley 121/43, de 12 de abril de 1994, de modificación de la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra: "el contratista de una obra inmobiliaria de carácter permanente y el que en el *ejercicio de una actividad empresarial la hubiera promovido* serán responsables, frente al comitente y sucesivos adquirentes (...)".

[715] Lo dejaba claro la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios (DOCE, núm. 12, de 18 de enero de 1991), donde el prestador respondería por cualquier prestación realizada a título profesional o de servicio público, fuera o no a título oneroso (art. 2) que frustrase la seguridad que cabe esperar legítimamente (art. 1.3).

[716] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 50.

que sea también constructor, no interviene en la ejecución material de la obra, siendo el desempeño de su profesión la organización de la actividad inmobiliaria.

Considera CADARSO PALAU[717], que si bien la noción de actividad empresarial es ambigua, dado que carece de una precisa y unívoca tipificación positiva, tal referencia puede tener que ver con el requisito, relativamente frecuente, de la finalidad de lucro o beneficio económico que el promotor persigue mediante su venta o enajenación. Si bien, rechaza que se pueda justificar la responsabilidad del promotor por referencia exclusiva a tal circunstancia. El lucro obtenido en una actividad de mercado no es un criterio de imputación de responsabilidad[718].

Cierta doctrina[719] estima que hay que tener claro que ejercicio empresarial de la promoción inmobiliaria no es sinónimo de actividad realizada con ánimo de lucro[720], y sobre todo, se critica la línea jurisprudencial[721] que utiliza tal criterio para eximir de

---

[717] CADARSO PALAU, J., "Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra (según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código civil)", en *Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra*, (coord. GONZÁLEZ GARCÍA, J.), Jornadas organizadas por la Asociación de Profesores de Derecho civil y el Área de Derecho civil de la Universidad de Jaén, Universidad de Jaén, 1996, pág. 125. En el mismo sentido GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores...*, op. cit., págs. 247-248: Esta idea está presente a lo largo de toda la doctrina jurisprudencial, incluso de un modo expreso, cuando habla de promotor-vendedor o de beneficiario del complejo negocio jurídico, y debe de servir para atribuir la cualidad de promotor, únicamente a aquel sujeto, persona física o jurídica, que organizado empresarialmente desarrolla una actividad mercantil dirigida a la promoción inmobiliaria, esto es, a propiciar la construcción de edificios con la finalidad de obtener un beneficio económico, lo que normalmente llevará a cabo mediante su venta a terceros.

[718] BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a la STS de 29 de junio de 1987", en *CCJC*, núm. 14, 1987, pág. 4719. CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 1101 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XV-1º, dirigidos por ALBALADEJO, Edersa, 1989, pág. 618.

[719] Considera CARRASCO PERERA, que aunque se siga repitiendo una y otra vez en la jurisprudencia post-LOE, no es admisible querer fundar esta responsabilidad en argumentos tan impropios y chocantes como que el promotor debe responder porque actúa en el tráfico con ánimo de lucro, o que no se puede desamparar a los compradores de pisos o que la obra se realizó en su beneficio (vid. "La jurisprudencia post-loe ¿ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?", *Aranzadi Civil*, núm. 21, marzo 2002, pág. 27). Ejemplos de esta desacertada argumentación vid. STS 13 de octubre de 1999 (RJ 7426), SAP Valencia de 9 de marzo de 2000 (AC 3640), SAP Toledo de 11 julio de 2000 (AC 1650).

[720] Vid. CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 9 LOE", en *op. cit.*, pág. 201; también CADARSO PALAU, J., *op. cit.*, pág. 125. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa", en *Aranzadi Civil*, 1993, t. I, págs. 1903 y ss.; DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (aspectos administrativos, civiles y penales). Adaptado a la LOE*, Comares, Granada, 2000, págs. 162 y ss; se rechaza el ánimo de lucro como criterio para la imputación de responsabilidad al promotor por MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 52-53.

[721] SSTS 20 de febrero de 1989 (RJ 1212), 6 de marzo de 1990 (RJ 1672), 24 de septiembre de 1991 (RJ 6279), 1 de octubre 1991 (RJ 7255), 8 de junio de 1992 (RJ 5168), 8 de mayo de 1995 (RJ 3942): se declaró que las cooperativas de viviendas no vienen guiadas por la intención de destinar las viviendas al tráfico, transmitiéndolas a terceros compradores para obtener beneficio económico, constituyendo la

responsabilidad a las cooperativas de construcción, ya que, si las mismas despliegan una actividad organizativa de la operación, concurre respecto a ellas criterios de imputación bastantes, con independencia de que medie o no móvil o finalidad lucrativa. Aparte, de que la ausencia de un específico móvil lucrativo tampoco excluye, necesariamente, el carácter empresarial de la actividad cooperativa[722] (cfr. art. 1 de la Ley 27/1999, de cooperativas, de 16 de julio). En este sentido, la STS de 22 de junio de 2001[723], considera que la noción de constructor comprende la de promotor y ostenta tal condición el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero, debiendo tenerse en cuenta que el beneficio no tiene que ser, necesaria e imperativamente, económico. También podemos ver, como partiendo de la definición de promotor del artículo 9 LOE, se establece que el promotor puede ser tanto una persona física como jurídica, pública o privada; en definitiva, entienden que no se puede utilizar como criterio de diferenciación, a efectos de imputación de responsabilidad a los promotores, el ánimo de lucro.

B) Figuras análogas al promotor. La autopromoción.

El artículo 9.1 LOE incluye en el concepto de promotor al que lo hace para sí. De esta manera, junto a la figura del promotor propiamente dicho, que es la persona física o jurídica que, decidiendo los elementos esenciales del proceso edificativo, destina la edificación para su enajenación, entrega o cesión a terceros, existe la figura del autopromotor, considerado como aquella persona o personas que, decidiendo también los

---

aportación de cantidades por sus componentes, una derrama del costo de la construcción, de ahí que, en estos casos, la aludida equiparación quiebre, precisamente por la ausencia de intención lucrativa en su intervención que lo aparta del concepto general de promotor-constructor. Como máximo, se ha aludido a la figura de promotor-mediador, en cuanto que actúan en nombre propio pero por cuenta del cooperativista o comunero, pero carecen del carácter de promotor-constructor frente a los socios cooperativistas, a los efectos de responsabilidad por vicios o defectos constructivos graves del art. 1591 CC. Comparte esta línea jurisprudencial que excluye de la responsabilidad decenal a algún tipo de promotores sin ánimo de lucro, como las cooperativas de viviendas, GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos...*, op. cit., págs. 248-249. También BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE, G., y GARCÍA VARELA, R., "Agentes de la edificación", en *Derecho de la edificación*, coordinador SALA SANCHÉZ, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 81.

[722] Vid. VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El derecho de las cooperativas y su reforma*, Madrid, 1973, pág. 18, que señala "la importancia que, para realizar un adecuado enfoque del cooperativismo, tiene el reconocer la concepción de la cooperativa como forma especial de ejercicio de la empresa". También recientemente, VICENT CHULIÁ, "la cooperativa es, al mismo tiempo: 1) la persona jurídica titular de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio invertido en la empresa cooperativa, y 2) una técnica jurídica de organización de esta empresa (...). La cuestión de si la cooperativa es el sujeto titular de la empresa, o la empresa misma, la debemos contestar diciendo que la cooperativa es ambas cosas a la vez" (*Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, dir. SÁNCHEZ CALERO y ALBALADEJO, t. XX-3º, Madrid, 1994, págs. 168 y ss.).

[723] En la sentencia comentada, la Comunidad de Castilla y León alegaba que no se le podía atribuir la condición de promotor, ya que no le asistía ánimo de lucro y es la obtención de beneficios económicos lo que determina la figura del promotor, así como destinar las viviendas al tráfico inmobiliario.

elementos esenciales del proceso edificatorio, destinan la edificación para uso propio. La autopromoción supone reunir en la misma persona a quien determina los elementos esenciales de la promoción (promotor) con quien será en el futuro usuario de la edificación[724]. La autopromoción colectiva se lleva a cabo mediante la constitución de empresas o asociaciones de corte mutualista (bajo el principio mutualista de doble cualidad: socio y usuario; en este caso, promotor-usuario), cuyos máximos exponentes son las cooperativas y las comunidades de propietarios.

De acuerdo con la LOE, son promotores[725], a efectos del art. 9.1 y 17 LOE, las cooperativas de viviendas[726] cuando adopten las decisiones fundamentales del proceso edificatorio. En lo tocante a las comunidades de propietarios, si no existe un gestor profesionalizado, todos los comuneros tienen la condición de promotores, siendo su responsabilidad mancomunada.

Ahora bien, puede ocurrir que las figuras de las cooperativas, comunidades de propietarios (a través de sus condóminos) y otras análogas, no tengan una intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción, bien porque de facto, realizan dicha intervención decisoria los llamados gestores o entidades gestoras de cooperativas, o el promotor de comunidades u otras figura análogas, o bien en virtud de la existencia de un mandato irrevocable de los socios de las cooperativas o de los comuneros de las comunidades de propietarios, respectivamente, para que dichos gestores efectúen las labores de gestión, administración y promoción, es decir, mediante pacto expreso, los socios de la cooperativa o los condueños, simples dueños de la obra, han delegado las facultades esenciales inherentes al promotor.

Para hacer frente a dicha situación, el artículo 17.4 LOE, dispone que la responsabilidad del promotor por vicios o defectos constructivos se extenderá a las

---

[724] GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de ordenación de la edificación", en *RCDI*, núm. 661, septiembre-octubre 2000, pág. 2695.

[725] Consideran que debe equipararse la condición de promotor, a las cooperativas de viviendas, con independencia de que esa actividad empresarial se realice o no con ánimo de lucro: CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., págs. 314-315. También CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 9 LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., págs. 202 a 204. También se pronuncia favorablemente a la equiparación de la cooperativa al promotor TRUJILLO DÍEZ, I. J., "Interposición gestora de las cooperativas de viviendas", en *Aranzadi Civil*, núm. 19, febrero 2000, págs. 16-17.

[726] Considera algún autor, que la condición de promotor debe recaer en el socio cooperativista, o en el comunero en su caso, y no en la agrupación, por ser principalmente tal socio quien arriesga su patrimonio personal (vid. GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de ordenación de la edificación", op. cit., pág. 2696).

personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas[727].

"Figuras análogas", son aquellas que no siendo promotores, puede asimilárseles a tal condición, en tanto tengan una intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción. Esto puede suceder en las personas o empresas que prestan su servicios de asesoramiento a los promotores, especialmente, las sociedades gestoras de cooperativas o comunidades de propietarios[728], también denominado promotor de cooperativas o comunidades.

Pues bien, cuando esto sucede, las cooperativas, los condóminos de comunidades de propietarios u otra figura análoga, no son autopromotores, siendo el gestor el verdadero promotor[729], aunque disfrace su labor de intervención decisoria en los elementos esenciales de promoción bajo la apariencia de un arrendamiento de servicios con la cooperativa o con la comunidad de propietarios. Si la elección de los elementos esenciales es realmente democrática y autodecidida por la respectiva agrupación, será la cooperativa o los condóminos de la comunidad de propietarios la o los autopromotores verdaderos[730]. En

[727] El artículo 1803-1 del *Code civil* francés, configura el denominado "contrato de promoción inmobiliaria" como un mandato de interés común, calificación que no cambia la naturaleza jurídica del mandato y afecta solamente a las normas aplicables en caso de revocación. Se concibe este tipo de promotor como garante de la buena ejecución de las obligaciones que asumen las personas con las que ha contratado en nombre del dueño de la obra, siendo garante en las condiciones de los artículo 1792 y 2270.

[728] Sobre este tipo de comunidades y el llamado promotor de comunidades: TRUJILLO CALZADO, M. I., *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 117; MANRIQUE PLAZA, J., "Construcción en comunidad", conferencia en homenaje a don Ángel Olavarría Téllez, *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VI, Edersa, 1992, págs. 112 y ss.; SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J., y GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores", en *RDN*, abril-junio 1976, págs. 100 a 103; DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, op. cit., págs. 162-163; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", en *ADC*, fasc. II, abril-junio 2000, pág. 450; MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa Calpe-Universidad, Madrid, 1987, págs. 145 y ss.

[729] Responden los gestores, a efectos del artículo 1591 CC, en las siguientes SSTS: 3 de octubre de 1996 (RJ 7006), 15 de octubre de 1996 (RJ 1468), 26 de junio de 1997 (RJ 5149). También se realiza la equiparación entre gestor y promotor en SAP Álava de 29 de septiembre de 1999 (AC 2128), SAP de Córdoba de 26 de enero de 2000 (AC 2885).

[730] La cooperativa sería promotor-mediador, o sea, actúa en nombre propio, si bien por cuenta de los socios cooperativistas. Pero al igual que la cooperativa sí que puede figurar como promotor, no ocurre así con las comunidades de propietarios, no sólo porque aquí no existe una persona jurídica a quien calificar como promotor, sino porque, además, a diferencia de lo que sucede en las cooperativas de viviendas, en las comunidades de propietarios para la construcción no existe por hipótesis una dedicación profesionalizada al mercado inmobiliario, por lo que, en principio, la condición de promotores a efectos de la LOE la tienen todos los condóminos, salvo que alguno de los mismos se dedique profesionalmente al mercado inmobiliario e intervenga decisoriamente en el proceso edificatorio, en cuyo caso éste deberá tener la consideración de

definitiva, el elemento clave para determinar en estas figuras el concepto y cualidad de promotor, radica en la intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción. La jurisprudencia ha considerado promotor a quienes ofrecían edificaciones con los siguientes elementos ya determinados: los terrenos objeto de la promoción, la dirección facultativa (arquitectos y aparejadores), la empresa constructora, el estudio económico-financiero, la elección de la entidad bancaria que financie la promoción, la recepción de las obras de edificación, la elección de la empresa gestora.

Considera GONZÁLEZ TAUSZ[731] que para discernir si el gestor es o no promotor será importante considerar el censo social de autopromotores en el momento de adoptar decisiones sobre elementos esenciales. Evidentemente, no puede considerarse a una comunidad de propietarios como autopromotora de cien viviendas, cuando a la hora de determinar la contratación de la empresa constructora, dirección facultativa, etc., contaba tan sólo con diez comuneros y la sociedad gestora. De forma paralela, tampoco puede reputarse promotor al gestor que, únicamente, ha promovido los trámites necesarios para la constitución y agrupación del colectivo o su licitación en un concurso de suelo.

C) ¿Sería posible una equiparación entre el comprador de un piso en construcción y el promotor?

En la medida en que se haya constituido el régimen de propiedad horizontal y otorgado escritura pública de compraventa, está claro que el derecho del adquirente está dotado de cierta eficacia *erga omnes*. Siendo así, ¿se convertiría en condueño de la obra, de modo que, el comprador podría verse compelido por los subcontratos al pago actual de las cantidades que el comitente les adeudare (art. 1597 CC), aunque hubiera pactado aplazamiento con el vendedor-promotor? Como copropietario, ¿sería responsable de los daños que durante la construcción, se puedan causar a terceros (art. 1909 CC)? ¿podría verse inmerso, junto a constructor, promotor, aparejador y arquitecto, en la responsabilidad decenal, si decidiera vender el piso o local, de acuerdo con el artículo 17 LOE?.

Por el paralelismo que se realiza entre el cedente de solar por edificación futura y el adquirente de inmueble a construir, vamos a referirnos al tratamiento de este protagonista

---

promotor a todos los efectos de la LOE; en este sentido vid. CORDERO LOBATO, E., "Comentario del artículo 9 LOE", en *Comentarios...*, op. cit., págs. 203-204.

[731] Vid. "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de ordenación de la edificación", *op. cit.*, pág. 2700.

inmobiliario. Se ha considerado que no responde el cedente que recibió una vivienda o local[732], pero sí cuando la prestación consistió en la atribución de una cuota indivisa en el edificio[733], pues entonces se lucró con las ventas[734].

En la nueva normativa autonómica existente sobre la cesión, conviene resaltar, sobre este tema, el artículo 2º de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña[735], de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, precepto que en función del alcance jurídico de la cesión, distingue entre la cesión total y la cesión parcial, comportando la segunda una situación de comunidad; ahora bien esta situación de comunidad, no se produce, según MEZQUITA DEL CACHO[736], en la empresa constructora y en sus responsabilidades, sino simplemente en la finca o en su edificabilidad, sólo parcialmente cedida; de modo que la función y alcance de la comunidad por retención parcial de titularidad, es de mera garantía transitoria, pues desaparecerá para confundirse en la cuota de propiedad horizontal coincidente con la proporción reservada cuando la obra contratada alcance su completo cumplimiento.

Como ya ha dicho algún autor[737], no podemos llegar a una solución única y definitiva sobre la responsabilidad del cedente por vicios en la construcción, es necesario

---

[732] SSTS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 10286), y 11 de junio de 1994 (RJ 5227), también la STS de 20 de abril de 1981 (RJ 1658), subraya que quien responde ha de ser el cesionario, aunque éste actúe con un apoderamiento del cedente, pues es el primero el verdadero dueño y constructor. No responsabiliza al cedente ÁLVAREZ MORENO, "La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido", en *Aranzadi Civil*, 1995-1, págs. 79 y ss. Como dice MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, el que a cambio del solar recibe como contraprestación unos pisos, por ese sólo hecho no se le puede considerar como promotor, y deberá responder tan sólo como vendedor, alcanzando su responsabilidad al saneamiento y a la evicción. Éste es al que el artículo 17.9 LOE, denomina "vendedor de los edificios o partes edificadas", al que otorga un tratamiento distinto y diferenciado del promotor (vid. *La figura del promotor en la Ley de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 70).

[733] Hace responsable al cedente, a efectos del artículo 1591 CC, la STS de 28 de enero de 1994 (RJ 575). Por su parte sí responsabiliza al cedente, considerándolo como promotor, incluyéndolo en las "figuras análogas", del artículo 17.4 LOE, DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*,op. cit., pág. 166.

[734] Alguna doctrina ha opuesto que el lucro obtenido en la actividad de mercado no es un criterio de imputación de responsabilidad y que además, supone igual beneficio económico la atribución de propiedad sobre la vivienda o local que la atribución de una cuota indivisa sobre el edificio (en este sentido vid. CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 9 LOE", en *op. cit.*, pág. 196).

[735] BOE, núm. 29, 2 de febrero de 2002.

[736] Esta precisión la realiza MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana", en *RCDI*, núm. 672, julio-agosto 2002, pág. 1446.

[737] Hay autores que consideran que tampoco parece admisible afirmar que el cedente nunca será promotor, sino que es preciso valorar cuál fue su participación en el proceso constructivo o de promoción de la obra en cada caso concreto. Tal vez sea útil el pacto que utilizaron las partes de la cesión de suelo por obra en el caso de la STS de 19 de abril de 1993 (RJ 3098), en el que "el cesionario se compromete a figurar como promotor de la obra a todos los efectos", lo que si bien no libera al cedente frente a terceros, puede permitirle dirigirse internamente contra aquél (vid. RUDA GONZÁLEZ, A., *El contrato de cesión de suelo por obra*,

tener en cuenta la forma en que se articula el negocio y la posición que asume el cedente: si el contrato se articula como sociedad, es ésta la que responde y habrá que analizar los pactos societarios. Si el cedente tiene derecho a un beneficio sobre las ventas, tampoco debería responder; y en el supuesto prototipo (transmisión de solar a cambio de inmuebles), el cedente no responde porque no es ni constructor ni promotor.

Consideramos que admitir la posibilidad de adquirir algún tipo de derecho real sobre el inmueble en proceso de realización, no implicaría, en ningún caso considerar al adquirente como promotor, o equipararlo a alguna de las figuras análogas del artículo 17.4 LOE, ya que, aún cuando se produzca la ulterior reventa por el primer adquirente –tanto si se realiza estando el inmueble todavía en construcción como terminado-, éste no aparece como un profesional frente a terceros, su interés es que se construyan y se le entreguen en el plazo estipulado, se desentiende del proceso de edificación, ya que ni lo dirige ni tiene control sobre él. Además, no se encuentra en la mejor posición para conocer el estado y detalles de la obra y asegurar las posibles responsabilidades derivadas de una ejecución defectuosa de la misma, como sí lo está un verdadero promotor.

Sobre este tema, en la STS de 8 de marzo de 1995 (RJ 2154), el litigio tiene lugar con ocasión de lo que parece ser una venta de local inacabado, aunque sigue existiendo obligación del vendedor-constructor de realizar los elementos comunes[738]. Curiosamente,

---

Tirant lo Blanc, Valencia, 2002, págs. 108-109). Igualmente, PLANA ARNALDOS, M.ª C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 256-258.

[738] El litigio tiene su origen en el contrato de compraventa celebrado en escritura pública de 11 de julio de 1983, por la que Promociones Esteve, SA, vendió a Promociones Munroi, SA, las fincas registrales ..., consistentes en planta baja comercial de un inmueble sito en Lérida, con coeficiente de participación de ..., que formaban parte en régimen de propiedad horizontal del Edificio, acogido a los beneficios de las viviendas de protección oficial, grupo I, con expediente pendiente de obtención de la cedula de calificación definitiva, manifestándose en el contrato lo siguiente: Serán elementos comunes de cada grupo de viviendas los enumerados en el artículo 396 CC y en la LPH, a cuyo régimen quedan sometidos, con las especificaciones que se recogían. Las fincas se vendían con todas sus pertenencias. El precio era el confesado. La Cláusula tercera decía: "esta transmisión queda sujeta a la condición suspensiva de obtenerse la cédula de calificación definitiva del edificio de que forman parte las fincas objeto de la escritura, por parte de la entidad vendedora. Caso de no obtenerse la cédula de calificación definitiva en el plazo de tres años, la entidad compradora podrá, a su elección y mediante instancia, resolver el contrato o perfeccionar la compraventa. La sociedad vendedora se obliga a terminar las fincas vendidas dentro del plazo de cumplimiento de la condición suspensiva antes reseñada". Por contrato privado de 26 de julio de 1983, las propias partes establecieron, de común acuerdo, que si bien en dicha escritura pública, figura la obligación por parte promociones Esteve, SA, de acabar dicha obra y obtener la cedula de calificación definitiva como obra de protección oficial; no obstante, es voluntad de la parte compradora, Promociones Munroi SA, dar por materializada la venta sin dicha condición suspensiva aceptando la compra de dichas fincas en su estado actual. Promociones Esteve SA, obtuvo un crédito y terminó las obras que afectaban a gran parte de los elementos comunes del edificio, en el año 1988 y, entendiendo que el documento privado de 26 de julio de 1983 la liberaba de la obligación de terminar las obras a su exclusivo cargo, demandó a Promociones Munroi SA, reclamándole el pago de 18.528.808 pesetas, mas intereses legales desde la fecha del requerimiento

ambas partes contractuales son promotoras. En primer término, el Tribunal Supremo estima que el objeto de la compraventa eran unos locales comerciales sitos en edificio que, si bien se encontraba en construcción, estaba constituido en régimen de propiedad horizontal, lo que implica, que existía proyecto técnico y, consiguientemente objeto futuro pero plenamente determinado (artículo 1271 y 1273 CC), pues jurídicamente se encontraban deslindados e inscritos en el Registro los diferentes pisos y locales susceptibles de aprovechamiento independiente (...). La cuestión surge porque al adquirirse un local inacabado, la parte compradora renuncia a que se terminasen los locales que había adquirido, pero no a los elementos comunes, a cuya construcción no tenía que contribuir. Por su parte el vendedor entiende que queda liberado de la obligación de terminar las obras a su exclusivo cargo. En la resolución del litigio el Alto tribunal declara que, si bien, no puede prescindirse del hecho de la existencia de la propiedad horizontal creada con anterioridad a los contratos que nos ocupan, la realidad social enseña como, al venderse los pisos o locales de un edificio meramente comenzado, el adquirente de lo que ya es realidad o mero proyecto no queda vinculado al pago de los elementos comunes pendientes de construir, constituyéndose en copromotor o constructor, lo que, como con acierto señala el juzgado, requeriría un pacto o cláusula especial. Además existe certificado de la Asociación Provincial de Constructores, acreditativo de que lo habitual, normal y lógico es que, en todo caso, incluso con la obra iniciada, en el precio de venta se encuentran incluidos los elementos y servicios comunes de que va a disponer el edificio, tal y como vienen detallados en el proyecto y planos, de manera que se puede concluir que la interpretación del tribunal de instancia es auténticamente desorbitada.

La legislación francesa en la regulación de la venta de inmuebles a construir, establece en el artículo 1601-3 del *Code civil* (en su redacción dada por la L. nº 67-3, de 3 de enero de 1967), que contempla la venta en estado de futura terminación, que "el vendedor conserva los poderes de *maître de l´ouvrage* hasta la recepción de los trabajos".

De no existir tal previsión legal, el adquirente, habiendo devenido propietario por el hecho de haber concluido una venta en estado de futura terminación, tendría, normalmente,

---

notarial, como resultante de su cuota de 21,873 % de los 84.710.808 que le había costado dicha terminación. Se opuso Promociones Munroi SA, alegando que las fincas adquiridas por ella se encontraban en las mismas condiciones que cuando las compró y que su renuncia fue exclusivamente a la condición suspensiva y a que se terminasen los locales que había adquirido, pero no a los elementos comunes, a cuya construcción no tenía que contribuir. En primera instancia se desestimó la demanda de Promociones Esteve SA, quien tras apelar, se estima su recurso, condenándose a Promociones Munroi SA al pago de los mas de 18 millones.

la cualidad *maître de l´ouvrage*, en tanto que propietario del inmueble existente. Una solución semejante no sería una práctica admisible[739], dado que, el vendedor tiene la obligación de edificar el inmueble y consecuentemente precisa para su cumplimiento, y a pesar de la venta, la cualidad de dueño de la obra. Gracias a la mencionada norma del *Code francés*, la situación, en lo que incumbe a la dirección o control de la obra, es la misma para todas las ventas de inmuebles a construir, pues en el caso de la venta a término, la cuestión no plantea esta dificultad, ya que por definición el vendedor permanece como propietario hasta la terminación del inmueble, y consecuentemente recae también en él la condición de *maître de l´ouvrage*. En lo que se refiere a la venta en estado de futura terminación, el mismo legislador establece un límite a los efectos típicos de la transferencia de la propiedad, conservando el vendedor tal cualidad a pesar de haber transmitido la propiedad[740].

Con todo lo dicho, lo que pretendemos es aclarar que aun cuando se admitiera la posibilidad de reconocer al adquirente de un inmueble en construcción la cualidad de propietario del piso futuro, esto no lo convertiría en promotor, a efectos de responder por vicios o defectos en la construcción, frente a posibles terceros adquirentes que de él trajeran causa, pues no concurre en esta figura ninguno de los requisitos en los que la doctrina fundamenta la imputación de responsabilidad al promotor.

---

[739] Cualquier operación de construcción de cierta envergadura obliga a consentir cesiones o cambios en las parcelas, servidumbres, ..., en resumen, diversos actos que pueden ser de disposición o constitutivos de derechos reales, que pueden ser impuesto por la propia licencia de edificación, los reglamentos urbanísticos, etc. por la propia lentitud inherente a la administración y puesta en punto de estos actos, a menudo, ocurrirá que los mismos todavía no estarán firmados o concluidos cuando se realice la primera venta programada. Para evitar el riesgo que puede implicar para el vendedor de encontrarse paralizado, ante la necesidad de obtener el consentimiento o concurso de los adquirentes, para obviar cualquier inconveniente, se ha recurrido a la técnica del mandato. Firmando el contrato de venta, igualmente se da al vendedor un mandato para cumplir por su cuenta ciertos actos de disposición sobre el suelo o sobre el inmueble a construir. El mandato se configura como irrevocable. El art. 1601-4 *Code civil*, mantiene el mandato, aun en caso de cesión del contrato por parte del adquirente. Vid. DAGOT, Michel, *La vente d´immeuble à construire*, Librairies Techniques (Litec), París, 1983, pág. 274.

[740] La cualidad de propietario de la obra, permanece en el vendedor-promotor o constructor hasta el momento de la recepción definitiva de los trabajos. Cuando entra en juego la garantía de terminación, se puede decir que a partir de entones se extingue toda faculta que el vendedor pudiera tener en la dirección de la obra. En cuanto a los poderes que entraña la condición de *maître de l´ouvrage*, aparecen en el artículo R. 261-7 del Código de la construcción y la vivienda, e implican elegir los arquitectos, contratistas y otros técnicos, y en general de todos aquello que participan en la operación de construcción, concluir acuerdos con tales personas, recepcionar los trabajos, la reparación de las posibles reservas que se hayan formulado previas a la recepción definitiva (el contenido de dicho precepto comprende una enumeración meramente enunciativa, debiendo ser interpretado extensivamente). Esta interpretación se realizará teniendo en cuenta las necesidades de la construcción, ello implica que el vendedor no puede argüir su cualidad de *maître de l´ouvrage*, para necesidades distintas, como pueden ser las necesidades derivadas de la comercialización, en un caso donde el vendedor había utilizado un local vendido como piso piloto; vid. MALINVAUD, Ph. y GESTAZ, Ph., *Droit de la promotion immobilière*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1995, pág. 278. También DAGOT, Michel, *La vente d´immeuble à construire*, Litec, París, 1983, págs. 223 a 225.

Admitir la afirmación anterior, nos llevaría a plantearnos cómo es posible, entonces, que el promotor-vendedor o promotor-constructor de ese inmueble sobre plano pueda seguir ejerciendo el control de la obra, si admitimos tal transmisión de la titularidad sobre parte del solar. Podríamos decir que no es absolutamente necesario que en el promotor concurra la condición de propietario del suelo, pues si bien, el artículo 9.2.a) LOE, establece entre sus obligaciones la de "ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él", se ha considerado[741] que la formulación de esta norma no es correcta, ya que lo relevante no es si el promotor es titular de un derecho sobre el solar, sino si el promotor tiene facultades para construir sobre el solar, y para esto no es necesario ser titular de derecho alguno sobre el solar, pues bastaría con disponer de un apoderamiento[742] concedido por el dueño del suelo.

2.- EL ADQUIRENTE DE UN PISO EN CONSTRUCCIÓN.

Por adquirente del edificio entendemos aquella persona, ajena al contrato de obra y distinta del comitente o promotor de la obra, que adquiere la propiedad del inmueble. Normalmente, el adquirente no lo es de todo el edificio, sino de una parte, vivienda, piso o local del inmueble construido[743]. La protección del adquirente se ha de estudiar en relación con quien le vende la vivienda, y en el caso concreto de un inmueble en construcción, dada la necesidad de que éste adquiera realidad, también es necesario enfocar su protección desde el prisma de quién responde de su construcción, es en este punto en el que se plantean o nacen los peligros y riesgos para cuya salvaguarda se precisan garantías.

Tenemos claro que en este asunto, no se puede establecer diferencia alguna entre el que adquiere estando el inmueble en construcción y el que celebra su negocio cuando la

[741] CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 9 LOE", en *op. cit.*, pág. 205.

[742] La regla general es la posibilidad de libre revocación del poder por el poderdante, pero como excepción a esta regla, doctrina y jurisprudencia admiten la posibilidad de poderes irrevocables. El origen del carácter irrevocable del poder puede estar en un pacto o en la propia naturaleza de éste. La existencia de un poder, naturalmente irrevocable, depende de la naturaleza de la relación de la que trae causa. DE LA CÁMARA ("La revocación del mandato y del poder", en *AAMN*, 1948, pág. 642), afirma que el poder se otorga para que se utilice como instrumento de la gestión de negocios del poderdante, o bien, como medio de ejecución de un convenio del que forma, más o menos, parte. Por tanto, sólo acudiendo a la relación causal podremos determinar, con fundamento, si el poder es o no revocable. Más concretamente, podemos considerar que tendrá este carácter cuando su otorgamiento sea parte integrante o medio específico de cumplimiento de un negocio no denunciable unilateralmente y, especialmente, en aquellos casos en que el poder se otorgue en interés común de mandante y mandatario, como medio de desarrollar un negocio celebrado entre ambos.

[743] Igualmente GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción (estudio del artículo 1591 del Código civil y su problemática actual)*, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1994, pág. 202.

vivienda se encuentra terminada. Independientemente del estado del inmueble en el momento de celebrar el contrato de compraventa, son igualmente merecedores de protección frente a los posibles vicios o defectos que pueda presentar la construcción.

A) La situación de los adquirentes sucesivos del edificio antes de la LOE.

Entre los principales problemas que surgían, antes de la publicación de la LOE, en relación al fenómeno de la promoción de viviendas, era que el artículo 1591 CC, a la hora de precisar la legitimación para exigir la responsabilidad decenal, establecía que el "contratista responde", pero no precisaba ante quién, no hacía referencia alguna al titular activo de la acción. En principio, dado que el artículo 1591 estaba inserto en la regulación del contrato de obra, las acciones que en él se preveían estaban pensadas para aquellos sujetos que habían sido parte en dicho contrato. Luego, resultaba claro que cuando la promotora encargaba la construcción a un contratista, estaba legitimada como comitente. Sin embargo, cuando la misma había enajenado los distintos pisos o locales, era necesario articular la legitimación, de tal forma que los subadquirentes de tales unidades privativas obtuvieran la debida tutela respecto a los vicios y defectos constructivos. Había que determinar si los adquirentes tenían acción contra el constructor, o bien, tan solo contra el promotor, que era con el que habían celebrado el contrato de compraventa.

Si partimos del carácter contractual de la responsabilidad por vicios en la edificación, sólo quien ha celebrado el contrato de obra puede reclamar la reparación del inmueble defectuoso. La eficacia relativa del contrato (art. 1257 CC) parece impedir al adquirente del inmueble que reclame la responsabilidad a los profesionales de la construcción. Únicamente podría dirigirse a ellos el comitente o dueño de la obra. De este modo, -salvo para aquellos autores que entendían que la responsabilidad proclamada en el artículo 1591 era extracontractual, y que precisamente este precepto tenía la virtualidad de dar entrada a la legitimación del subadquirente-, los terceros adquirentes no estarían legitimados para accionar *ex*. art. 1591 CC, únicamente, podrían ejercitar las acciones nacidas del único contrato del que habían sido parte, una compraventa, con la consiguiente brevedad del plazo de las acciones edilicias.

Y sin embargo, una línea jurisprudencial y doctrinal[744] consolidada atribuye a los compradores de viviendas y locales legitimación activa para ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1591 y 1101 CC. Antes de la promulgación de la LOE, la razón jurídica que justificaba tal legitimación activa se sustentaba en base a distintos argumentos.

a) Criterio de la accesoriedad.

Se había dicho[745] que en caso de venta de un inmueble, antes de la expiración del plazo de garantía durante el cual el dueño de la obra puede reclamar la responsabilidad del contratista y los técnicos, la acción de responsabilidad decenal del comitente, es un derecho accesorio al derecho de propiedad sobre el edificio, y conforme a la regla de que lo accesorio sigue a lo principal, se transmite conjuntamente con él, a los sucesivos propietarios del mismo, aunque dicha cesión no se haya estipulado de forma expresa.

Esta teoría de la accesoriedad tenía el inconveniente que la transmisión de la acción, a titulo accesorio, que se postulaba era incompatible con la conservación de la misma acción por parte del comitente o promotor, conservación que admitía el Tribunal Supremo[746].

b) Criterio de la obligación propter rem.

Una opinión[747] no muy alejada de la anterior, consideraba que la titularidad de la acción cuestionada se determinaba mediatamente, por razón de la propiedad del inmueble

---

[744] La doctrina admite la legitimación activa del adquirente, aunque discrepa a la hora de buscar el fundamento de tal legitimación: TRAVIESAS, M., "Contrato de arrendamiento", en *RDP*, 1919, pág. 45; NART, I., "Contrato de obra y empresa", en *RDP*, 1951, pág. 823; DE LA CÁMARA MINGO, F., y LÓPEZ MORA, L. M., "Los contratos relacionados con la construcción", en *Tratado práctico del Derecho referente a la Construcción y a la Arquitectura*, tomo IV, dirigido por Alfonso García-Gallo y Luis López Ortiz, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, Madrid, 1964, pág. 548; HERRERA CATENA, J., "Legitimación (activa y pasiva) al ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1591 y 1909 del CC", en *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, núms. 78-79, Granada, 1969, págs. 9 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 267; SANTOS BRIZ, J., "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", en *RDP*, 1972, pág. 413; FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1976, págs. 366 y ss.; CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 181 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (comentario a la STS de 1 de abril de 1977)", en *ADC*, 1978, pág. 679; MULLERAT BALMAÑA, R. M.ª, "La responsabilidad del promotor de edificios. Acciones del comprador de viviendas y locales por causa de defectos", en *RJC*, 1978, pág. 170.

[745] Esta teoría es seguida en nuestra doctrina por DE LA CÁMARA MINGO, F., y LÓPEZ MORA, L. M., "Los contratos relacionados con la construcción", en *Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, tomo IV, dirigido por Alfonso García-Gallo y Luis López Ortiz, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, Madrid, 1964, pág. 548.

[746] Entre otras sentencias la de 14 de abril de 1983 (RJ 2112), 26 de noviembre de 1984 (RJ 5659), 9 de junio de 1989 (RJ 4417), 17 de julio de 1990 (RJ 5890).

defectuoso, es decir, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por los vicios de la edificación se configuraba como un crédito *ob rem* que beneficiaba al propietario actual de la cosa, luego, a los adquirentes del inmueble. A esta afirmación, se le puede oponer la misma objeción que a la anterior, que el comitente, aun después de vender el inmueble, mantiene la titularidad del derecho a ser indemnizado.

c) Criterio del interés.

También se había manifestado que es lógico legitimar al adquirente para reclamar responsabilidad por los defectos del inmueble, dado que, tras su venta, es aquél quien únicamente tiene interés en exigir esa responsabilidad. Según esta posición, el que resulta afectado por el daño que supone la defectuosa construcción del edificio es su comprador, y no el comitente, que ya no es dueño de la obra, por lo que debe permitirse al primero solicitar la indemnización que corresponda[748].

d) Criterio contractual.

En otras ocasiones, se había hablado de una teoría contractualista, de tal forma que al ser la responsabilidad decenal una responsabilidad contractual, la legitimación que ostenta el adquirente del edificio deriva de ser un causahabiente o sucesor, sea a título universal o singular, del comitente. De modo que, si bien, por virtud del principio de relatividad de los contratos sólo estaría legitimado el comitente de la obra, al transmitir éste la propiedad de la misma, transmite con ella los derechos inherentes a su condición de contratante. El instrumento jurídico a través del cual se verificaría esta transmisión de derechos sería, para unos, la cesión tácita de su derecho que hace el comitente a favor del adquirente, y, para otros, una subrogación de éste en los derechos de aquél. En este sentido, el Tribunal Supremo había señalado que los compradores se subrogan en los derechos de sus vendedores frente a los encargados de la construcción del inmueble, lo que justifica que los adquirentes accionen en base a los artículos 1101 y 1591 del CC (STS 9 de junio de 1989 [RJ 4417]).

---

[747] Teoría seguida entre nosotros por NART, I., "Contrato de obra y empresa", en *RDP*, 1951, pág. 823.

[748] CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 194 y ss.

El problema de esta doctrina es que la subrogación personal puede tener su origen en la ley o en la voluntad claramente determinada de las partes (art. 1209 CC), y en el supuesto que nos ocupa, no hay disposición que establezca dicha subrogación ni pacto expreso que fundamente su existencia, pues, en la compraventa de inmuebles no suele establecerse que el vendedor subroga al comprador en sus derechos por razón de los vicios del objeto. Por ello, no creemos que sea adecuado acudir esta figura como fundamento de la acción de los adquirentes[749].

También se había declarado que los adquirentes no son verdaderos terceros en relación al contrato de obras celebrado por el contratista y el comitente, de modo, que la eficacia de ese convenio les alcanza, pudiendo accionar con base a él (en este sentido la STS de 30 de junio de 1997 [RJ 5406])[750]. Lleva razón el TS cuando afirma que el principio de la relatividad tiene un significado complejo y que el término "tercero", se caracteriza por su gran imprecisión. Pero, en la sentencia citada, no ha acertado plenamente en sus manifestaciones sobre la eficacia de los contratos[751]. Una de las razones alegadas por la sentencia para justificar la extensión de la eficacia de los contratos, es el aforismo *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transmitir a otro más de

[749] En igual sentido vid. LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 187.

[750] "Los señores P. J., y G. M., al adquirir las viviendas de los anteriores propietarios, se subrogan en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, ya que, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. No es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa de los contratos del artículo 1257 CC, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto inter vivos y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa. Por virtud de la regla *nemo plus iuris ad alium trasferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido". En igual sentido la STS 1 de abril de 1977 (RJ 1510).

[751] Una clara exposición sobre el diverso significado de "los terceros", y la distinción entre eficacia y oponibilidad del contrato, se puede extraer siguiendo a RODRÍGUEZ GÓNZALEZ: "es cierto que el adquirente a título particular es el estadio más próximo a la parte contractual. Se puede decir que es el menos tercero de todos los que no son parte contractual. Existe una especial vinculación entre el transmitente y el adquirente por motivo del bien o derecho transmitido (...). Sin embargo, a pesar de la circunstancia de que el adquirente a título particular sea un tercero cualificado por su proximidad al ámbito contractual, no se le puede asimilar a la parte, porque esa proximidad que le cualifica no se explica por el fenómeno de la sustitución (como el heredero o el cesionario respecto del causante o cedente), ni tampoco por la propia eficacia del contrato, sino por el fenómeno de la transmisión. El tercer adquirente es un tercero próximo o cualificado por ser el último eslabón de una cadena de transmisiones que han ido conformando el bien o el derecho en el estado en que ha sido objeto de la adquisición. Ahora bien, el que según las reglas de la adquisición derivativa, como la regla "*nemo plus iuris ad allium trasferre potest quam ipse habet*", se adquiera el bien en un determinado estado ¿hace por eso eficaz los contratos celebrados por el causante respecto de la cosa transmitida al adquirente? En absoluto, el adquirente es tercero respecto a dichos contratos. Otra cosa es que adquiera el bien en un determinado estado, con cualidades, utilidades o cargas que hayan podido añadirse a través de relaciones anteriores del transmitente "(pags. 116 y 117). Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000, págs. 97 y ss.

lo que tiene). Como dice CABANILLAS SÁNCHEZ[752], no se comprende bien en qué medida este principio puede servir para justificar la acción de responsabilidad decenal, o la acción general de incumplimiento de las obligaciones, de naturaleza personal, por el adquirente del edificio. Y es que, en realidad, tal máxima alude a la circunstancia de que una cosa o derecho afectado por alguna limitación de naturaleza real no puede transmitirse a otro sujeto sin esa carga o gravamen. Pero esto ni tiene ninguna relación ni puede fundamentar el ejercicio de una acción derivada del contrato de obra por los compradores del inmueble.

e) Excepción al principio de relatividad de los contratos.

El argumento que han utilizado otros autores[753] es, que desde una perspectiva realista, la legitimación de los adquirentes de inmuebles supone la consagración de una clara excepción al principio de la relatividad por razones de equidad y de conveniencia. No hay que buscar explicaciones que salvaguarden la significación tradicional de este principio porque lo que se hace en estos casos es, precisamente, eludir su aplicación. El Tribunal Supremo ha establecido una acción directa que une a dos partes no ligadas contractualmente entre sí, acción que no tiene un apoyo legal específico. Se considera que la acción de los compradores de viviendas frente a contratistas, arquitectos, etc., podría fundamentarse, no sólo en la existencia de un interés digno de protección, sino también, en la conexión de los contratos celebrados cuando se edifica para vender. Esto es así porque la estrecha vinculación entre el contrato de obra y el de compraventa hace que el daño sufrido por la víctima (comprador), derivado de un contrato en el que no es parte (el contrato de obra), se corresponda con el incumplimiento de una obligación de la que ella misma es acreedora (la obligación que está a cargo del comitente-vendedor, de reparar los vicios de la cosa). Por ello, se concluye, es lógico que se admita la reclamación directa del

[752] CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (comentario a la STS de 1 de abril de 1977)", en *ADC*, 1978, pág. 677.

[753] LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 188-189; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000, pág. 295; PASQUAU LIAÑO, M., "Comentario a la STS de 9 de junio de 1989: Legitimación activa del promotor para ejercitar la acción de responsabilidad por ruina de la obra contra el contratista, una vez vendidas todas las viviendas", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 15, 1998, pág. 106: "en consecuencia, como en todo caso de acción directa, la legitimación del comprador no excluye la del promotor, sino que se superpone a ésta. El comprador puede dirigirse, indistintamente, contra el contratista o el promotor, porque se establece una responsabilidad solidaria; y el promotor conserva su acción originaria, porque no la transmitió al comprador, igual que el arrendador no cede sus acciones contra el subarrendatario. Además, añade, no es cierto que el promotor carezca de interés legítimo directo en el ejercicio de la acción una vez transmitida la viviendas, tiene interés para que se cumpla el contrato, para conservar su prestigio como promotora, e incluso para evitar ser demandado por los propietarios".

verdadero perjudicado contra el verdadero responsable, obviando la posición del contratante intermedio y, con ello, los recursos en cascada.

En definitiva, nos situamos entre los defensores de esta última tesis, siendo significativo que haya encontrado una consagración legal en el actual art. 17 LOE, como pasamos a exponer a continuación.

B) Acción directa de los sucesivos adquirentes frente a los responsables del proceso constructivo en la LOE.

La insuficiencia del art. 1591, para dar respuesta a todos los problemas derivados del complejo entramado de relaciones jurídicas a que da lugar la construcción inmobiliaria urbana, se había ido solucionando durante mucho tiempo, como hemos tenido ocasión de ver, a través de la interpretación jurisprudencial, pero lógicamente, esto planteaba múltiples problemas. En especial, era necesaria una compleja elaboración jurisprudencial para reconocer la legitimación activa de los adquirentes de viviendas a efectos de reclamar por defectos de construcción frente a su promotor, constructor y demás profesionales que habían intervenido en la construcción. Al margen de tales esfuerzos llevados a cabo por la jurisprudencia para poder aplicar el régimen de responsabilidad por vicios en la construcción del arrendamiento de obra a los contratos de compraventa de viviendas, lo cierto es que este problema encuentra solución con la nueva Ley de ordenación de la edificación.

La LOE, en su artículo 17.1, viene a dejar sentado que los legitimados para ejercitar las acciones que la misma contempla son los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división[754]. Dado que habla de propietarios y terceros adquirentes, parece apuntar un "primer adquirente", del que los posteriores traerían causa, siendo, en principio, este primer adquirente, el comitente de la obra. Sin embargo, en la moderna práctica constructiva se dan supuestos en los que, claramente, no existe tal comitente-primer adquirente, como ocurre en el caso de los

[754] En el Derecho comparado, la legitimación del adquirente del edificio estaba plenamente reconocida. El artículo 1669 del *Codice civile* italiano de 1942 inicia este reconocimiento, al mencionar junto al comitente a sus causahabientes. Por su parte, en el Derecho francés, la reforma de 1967 introduce en el *Code* el artículo 1646-1, que declara expresamente que las garantías decenal y bienal de los artículos 1792 y 2270, benefician a los propietarios sucesivos del inmueble. Tras la Ley de 4 de enero de 1978, establece, el nuevo art. 1792, que todo "constructeur" de una obra responde del nuevo sistema de garantías que regula frente al propietario o adquirente de la obra.

compradores de pisos en construcción o en proyecto, pues, en rigor, el promotor-vendedor no llega a ser nunca un verdadero adquirente o propietario del edificio[755].

Los propietarios están directamente legitimados[756], sin que haga falta entender que su legitimación se produce por subrogación en los derechos y acciones del comitente[757]. Esta previsión otorga carta de naturaleza a una acción directa[758] de los segundos y sucesivos compradores frente a los responsables del proceso constructivo. Esta Ley acaba con décadas de controversia doctrinal sobre la interpretación jurisprudencial que se venía haciendo del artículo 1591 CC.

Ahora bien, a la luz de este precepto cabe plantearse, si con el artículo 17.1, el que ya no está legitimado activamente es el comitente no propietario (ya sea porque nunca lo estuvo o porque ha dejado de serlo).

No cabe duda que cuando el promotor actúa como constructor, mas que legitimado activo, estaría legitimado pasivamente como tal constructor, frente a la acción de los adquirentes de pisos o locales, sin perjuicio de admitir su legitimación activa frente a subcontratistas y técnicos.

---

[755] Igualmente GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción (estudio del artículo 1591 del Código civil y su problemática actual)*, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1994, pág. 202.

[756] CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda,* op. cit., pág. 285. También CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 313-314.

[757] Algunos autores, consideran que, aún tras la publicación de la LOE, la legitimación del adquirente se produce por subrogación, en este sentido vid. DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, op. cit., pág. 430.

[758] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos...*, op. cit., pág. 294: "considera el autor que en los supuestos legales en los que se prevé una acción directa, se están protegiendo intereses dignos de tutela jurídica, que resuelven determinadas consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación estricta del principio de relatividad de los contratos. En nuestro Derecho, nos parece que no existe un sistema de transmisión de acciones personales que protejan la cosa adquirida que opere automáticamente, por ministerio de la Ley. Sino que, por el contrario, el dogma de la relatividad impide una vinculación contractual más allá de las posiciones de partes contratantes: con la venta, no se transmiten las acciones de saneamiento por defectos ocultos, no existe una presunción de estipulación a favor del tercer adquirente, no existe una cesión tácita de acciones; en fin, se puede justificar en el plano teórico un resultado que se quiera en la práctica con los argumentos más audaces, como ya se hizo con la acción directa del perjudicado frente al asegurador, o con la acción directa del subadquirente de la edificación frente al contratista, pero, la realidad es, que las acciones directas se tratan de casos aislados. Rechazamos la admisión generalizada de la acción directa en los casos de imbricación contractual (...)"; págs. 298-299.

Esta cuestión, cuando se trata de promotor-vendedor, con anterioridad a la LOE, ha sido resuelta por el Tribunal Supremo[759] manteniendo su legitimación activa para accionar *ex*. art. 1591, ya sea en calidad de comitente o propietario de las obras frente al constructor y técnicos de la obra; o en su calidad de promotor, una vez haya enajenado los distintos pisos y locales del edificio, pues, se considera que la acción derivada del contrato no se ha extinguido con la venta, de esta manera, podrá eludir o anticiparse a la posible responsabilidad que pudieran exigirle los adquirentes sucesivos.

Sin embargo, la mayoría la doctrina dudaba seriamente de la conveniencia de mantener la legitimación activa del promotor, *ex*. art. 1591 CC, sobre todo, si ya no es propietario de ningún elemento del inmueble. Como bien dice GÓMEZ DE LA ESCALERA[760], la legitimación activa del promotor para accionar la responsabilidad que establece este precepto, debe admitirse con cautelas y reservas, que impidan que el ejercicio por el promotor de su legítimo derecho a reclamar de los constructores y técnicos de la obra la entrega de un edificio en perfectas condiciones, pueda entrar en colisión, con el igualmente legítimo derecho de los adquirentes y propietarios del inmueble a ser resarcidos de los daños y perjuicios que sufran por la ruina de la edificación por quienes intervinieron en su construcción (entre los que se encuentra el promotor, en su posición de garante). Algunos supuestos extremos que evidencian cómo la legitimación del promotor puede comprometer el derecho de los adquirentes sucesivos del edificio, vienen representados por la posibilidad que existe de que el promotor, si obtiene la indemnización en metálico, no la destine a la posterior reparación, o bien que obteniendo reparación in natura, transija con el constructor respecto al modo de llevarla a cabo, de un modo que no garantice los derechos de los adquirentes. Así, CARRASCO PERERA[761] considera que, en caso de haber enajenado todos los pisos o locales, esta acción preventiva de la promotora sería de cumplimiento contra el constructor – reparación *in natura*- y no podría ejercitar la acción *ex.* art. 1591

[759] SSTS de 26 de noviembre de 1984 (RJ 5659), 16 de septiembre de 1988 (RJ 6692), 20 de febrero de 1989 (RJ 1212), 9 de junio de 1989 (RJ 4417), la importancia de esta última sentencia radica en que cuenta con un voto particular en el que se propone la solución contraria, de negar la legitimación activa al promotor de un edificio que ya ha vendido a terceros las viviendas que integran el mismo. Las SSTS de 7 y 17 de julio de 1990 (RJ 5783 y 5890), 27 de abril de 1995 (RJ 3259), 21 de junio de 1999 (RJ 4390), y 3 de julio de 2000 (RJ 6877), la SAP de Asturias de 30 de marzo de 2000 (AC 3724). En el mismo sentido, autores como GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1996, pág. 437, considera que las acciones de que goza el promotor son la contractual de incumplimiento, la directa de ruina, antes y después de vender los pisos, y la de regreso, contra contratistas y técnicos.

[760] GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción...*, op. cit., págs. 197-198.

[761] CARRASCO PERERA, A., "La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual (1990-1992)", en *Aranzadi Civil*, 1993, t. I, pág. 1894.

CC. Además, tendría que limitarse su acción a solicitar dicha reparación, pero no podría exigir la indemnización de daños.

Como la LOE no determina, claramente, la legitimación activa del promotor para entablar las acciones en ella señaladas, cabe entender que cuando se dé la circunstancia de que el promotor no haya procedido a una posterior enajenación, habrá que mantener su legitimación activa en calidad de propietario, a pesar de que el objetivo de la nueva norma sea, más bien, proteger a la contraparte del promotor, es decir, a los subadquirentes[762]. Autores como GONZÁLEZ PÉREZ[763], consideran que el promotor sólo tendrá legitimación activa en la nueva LOE si no ha vendido aún alguno de los pisos o locales. Si los ha vendido todos, sólo puede tener legitimación pasiva[764].

Igualmente CARRASCO PERERA[765], niega la posibilidad de que el promotor pueda aprovecharse de la legitimación activa, especialmente, cuando ya ha enajenado, argumentando que éste no sufre daños materiales cuando se da un supuesto de vicios constructivos, sus daños, de existir, serán los indirectos y puramente patrimoniales, de haber tenido acaso que indemnizar a los adquirentes que le reclamaron. En esta situación, su fundamento de pedir no podrá hallar otra base que la propia condición de deudor provisional que dispone de una acción de regreso por el todo contra los agentes a los que el vicio es imputable (si es promotor no constructor) y que puede tener una acción de regreso por la cuota interna que pueda corresponder a los demás en la relación interna de responsabilidad solidaria (si es promotor constructor). El promotor no constructor es, en el

[762] Ahora bien, a diferencia del artículo 1591 CC, la responsabilidad establecida en la LOE no es una responsabilidad contractual, sino una responsabilidad de naturaleza extracontractual, establecida a favor de quien sufra un daño concreto, el material causado al edificio por los vicios y defectos que señala el artículo 17.1 LOE. Es por ello que si la legitimación activa del promotor enajenante en el artículo 1591 se fundaba en su interés contractual en el contrato de obra, tal fundamento desaparece en la nueva norma, pues no estamos ante un precepto que tutele el interés del comitente, sino sólo el interés de los propietarios, quienes aunque puedan ser comitentes, sólo podrán ver resarcidos su interés contractual en los estrechos márgenes del artículo 17.1 LOE. En este sentido vid. CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en op. cit., pág. 314.

[763] GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 441.

[764] Y sin embargo, también existen autores, como CABANILLAS SÁNCHEZ, que considera que el promotor-vendedor, sigue legitimado para reclamar de quienes son responsables de las deficiencias de pisos y locales, aunque no sea ya propietario de vivienda alguna. La legitimación activa del promotor también se manifiesta en el artículo 6 LOE, al establecer el régimen de la recepción de la obra, ya que el promotor puede rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales (vid. "La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", en *ADC*, fasc. II, abril-junio 2000, pág. 443).

[765] Vid. "La jurisprudencia post-loe ¿ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?", *Aranzadi Civil*, núm. 21, marzo 2002, pág. 28.

artículo 17.3 LOE, un fiador legal[766]; el promotor constructor puede hallarse en esta condición o en la del codeudor solidario "solvens" del artículo 1145 CC.

A pesar de la fundamentada posición doctrinal, existen sentencias posteriores a la publicación de la LOE, que siguen insistiendo en la legitimación activa del promotor-vendedor. Es el caso de la SAP de Jaén de 25 de marzo de 1999 (AC 4200), que utilizando una argumentación no muy acertada, nos dice que la legitimación activa discutida, procede, "pues el promotor también será responsable frente a las personas a las que puede haber entregado elementos que tengan vicios constructivos". Con mejor criterio destaca la SAP de Navarra de 13 de mayo de 1999 (AC 5078), que niega legitimación activa, por falta de interés jurídico, en quien enajenó por subasta la nave industrial, pues, la subrogación a favor del comprador es excluyente de una legitimación concurrente del vendedor. En la SAP de Asturias de 24 de abril de 2000 (AC 3396), el promotor había sido demandado por algunos de los adquirentes, y, sin esperar el resultado del proceso, demanda, a su vez, a técnicos y constructor. Se discute cuál es la acción que está ejercitando el promotor, que no puede ser la acción de regreso, porque todavía no ha pagado, pero podría ser la del artículo 1591 CC. Finalmente, la sentencia acaba desestimando la demanda y rechaza que el promotor pueda ser legitimado activo mientras simultáneamente se le está demandando por el mismo concepto.

C) Presidente de la Comunidad de Propietarios.

La legitimidad activa del adquirente de pisos o locales, en régimen de propiedad horizontal hay que entenderla referida no sólo respecto a los daños ocasionados en sus elementos privativos, sino que también estará legitimado individualmente para accionar, como interesado, en los asuntos que afecten a la comunidad, si los daños materiales se han

[766] Respecto al fundamento de pedir del promotor que ha dejado de ser propietario, contra los restantes agentes, y dado que carece de legitimación directa para ejercitar las acciones de responsabilidad derivadas del art. 17 LOE, se plantea cuál es el apoyo jurídico en que podría basar su pretensión de reembolso de lo pagado. Teniendo en cuenta que, el promotor asume frente a los perjudicados la posición de garante, cabría aplicar analógicamente la normativa de la fianza. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1839 CC, cabe pensar que el promotor que hace frente a la reparación del daño quedará subrogado en el crédito que los directamente perjudicados tienen frente a los reales causantes del mismo. Esto implica que podrá accionar contra los causantes del vicio o defecto con base en el art. 17 LOE. Lo que puede exigir el promotor a los responsables por medio del ejercicio de la acción conferida en el precepto citado es la cantidad abonada a los perjudicados. Conceptos tales como intereses, gastos y, en general, daños patrimoniales añadidos sufridos por el promotor no son indemnizables por medio del ejercicio de la acción conferida por el artículo 17 LOE, porque dicho precepto sólo permite la reparación del daño material ocasionado en el propio edificio. El resarcimiento de tales perjuicios deberá obtenerlo el promotor, con base a las reglas generales, así podría fundar su pretensión en el artículo 1838 CC. En este sentido vid. SANTOS MORÓN, M.ª J, "Comentario del artículo 17 LOE", en op. cit., págs. 345-346, y pág. 359.

ocasionado en elementos comunes, y existe pasividad u oposición de los órganos comunitarios (SSTS de 30 de junio de 1975 [RJ 2239], y 31 de enero de 1995 [RJ 292]). El Tribunal Supremo también ha sostenido esta legitimación en el hecho de que el copropietario es titular de una participación indivisa en los elementos comunes, a cuya defensa son aplicables las reglas relativas a la legitimación en la comunidad ordinaria (SSTS de 28 de abril de 1966 [RJ 2169], y 2 de abril de 1993 [RJ 2984]).

También hemos de admitir la legitimación de la comunidad de propietarios[767], actuando a través de su presidente, para el ejercicio de las acciones para exigir responsabilidad por vicios o defectos en los edificios en régimen de propiedad horizontal. De acuerdo con el artículo 13.3 LPH (después de la modificación operada por la Ley 8/1999), el Presidente, en representación de la comunidad, está legitimado para exigir responsabilidad ex. art. 17.1 LOE, cuando los vicios y defectos afecten a elementos comunes, y ello aunque existan defectos formales en la constitución de la comunidad o en la autorización de la Junta de propietarios, o aunque el presidente-actor no haya alegado la representación con que demanda. Incluso en tales casos, la legitimación del presidente procede por su condición de propietario (art. 13.2 LPH). Según el Tribunal Supremo la legitimación del presidente se extiende a la exigencia de responsabilidad por los vicios o defectos constructivos que afecten también a elementos privativos, sin necesidad de apoderamiento[768], y la legitimación sólo podrá negarse cuando exista oposición expresa o formal por parte del propietario afectado[769].

---

[767] El artículo 10.1 LPH, establece como obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúnan las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad. La praxis judicial viene declarando que la responsabilidad de la comunidad respecto a su deber de conservación del inmueble y de sus servicios, no decae por la responsabilidad decenal y demás responsabilidades por defectos constructivos que regula la LOE. Es decir, que la comunidad de propietarios está obligada a reparar aun cuando los defectos procedan de una mala ejecución constructiva, sin perjuicio de su derecho de realizar la oportuna reclamación frente a los responsables de los vicios ruinógenos y repetir su pago. En este sentido, la SAP de Navarra de 29 de junio de 1995 y SAP de Cantabria de 28 de octubre de 1996. (vid. DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, op. cit., págs. 462-466).

[768] Sobre las bondades de esta jurisprudencia se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario a la STS de 9 de mayo de 1983", en *CCJC*, núm. 2, 1983, pág. 599; otras sentencias favorables a la legitimación activa del presidente, aunque resulten afectados elementos privativos: SSTS 15 de mayo de 1995 (RJ 4237), 3 de marzo de 1995 (RJ 1777), 16 de octubre de 1995 (RJ 7539), 2 de junio de 1998 (RJ 3749).

[769] GÓMEZ DE LA ESCALERA, considera que si se trata sólo de elementos privativos afectados, están legitimados los propietarios de los mismos. Si se trata de elementos comunes, estaría legitimado tanto la comunidad como cualquiera de los propietarios. Si están afectados elementos privativos y comunes, estaría legitimada la comunidad, contando con el consentimiento de los titulares de las zonas privativas afectadas (vid. *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción...*, op. cit., págs. 295 a 304).

A pesar de que la LOE guarda silencio respecto a la legitimación de la comunidad, actuando a través de su presidente, en el espíritu de la misma está conceder esta legitimación, que podemos encuadrar en el término "propietario", en la medida en que la responsabilidad que establece esta Ley tiene por objeto, precisamente, el resarcimiento de los daños materiales causados al edificio, que es precisamente el objeto sobre el que proyecta la titularidad dicha comunidad[770].

II.- SITUACIÓN DEL ADQUIRENTE DE LA VIVIENDA DURANTE EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN Y ANTES DE SU ENTREGA.

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

La compraventa de vivienda nueva o compraventa sobre plano, habitualmente, la realiza un promotor -profesional especializado-, a un particular. El contrato que documenta estas operaciones es complejo, ya que debe combinar la necesaria flexibilidad del proceso de construcción -plazos, materiales...-, con una adecuada garantía para el comprador de que el inmueble le será entregado a su debido tiempo, con las calidades ofertadas y por el precio pactado. Para disminuir, al máximo, el riesgo en la compra de una vivienda futura es aconsejable que el comprador tome una serie de precauciones elementales, tendentes a verificar que las diversas variables que pueden incidir en el riesgo que toma, están suficientemente controladas. Cabría distinguir dos tipos básicos de cautelas: aquéllas que tienden a verificar que lo que se está comprando es, exactamente, lo que se quiere comprar. Y por otro lado, las tendentes a garantizar que se va a recibir en su momento, lo que ahora se compra.

Para adquirir seguridad en que aquello que compramos es, efectivamente, lo que nos habíamos propuesto adquirir, es importante examinar, con mucho detenimiento, la documentación facilitada por el vendedor, incluyendo la meramente comercial o publicitaria (de la que puede derivar obligaciones para el promotor inmobiliario), deteniéndonos, especialmente, en el contrato y sus anexos. En este sentido, hay que comprobar que el contrato refleje con precisión, al menos, los siguientes aspectos:

---

[770] En este sentido vid. ÁLVAREZ OLALLA, P., *La responsabilidad por defectos en la edificación* ..., op. cit., pág. 79. También GÓNZALEZ POVEDA, P., "Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación", en *Derecho de la edificación*, coordinador SALA SÁNCHEZ, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 270 y ss.

En primer lugar, el contrato debe reflejar la identificación precisa de la vivienda que se adquiere, con su situación exacta en el terreno (nombre de la calle y número, si ya lo tiene, portal, escalera, bloque, piso, letra,...), su superficie útil y construida, la distribución, las calidades, etc. Es muy conveniente que se anexen al contrato planos de situación, cuando la identificación no sea tan sencilla como calle y número (en urbanizaciones nuevas o planes urbanísticos en desarrollo) y de distribución, así como la memoria de calidades, lo más detallada que sea posible. Igualmente, hay que definir con exactitud los elementos adicionales, si existen, que se incluyan en el contrato, como trastero, garaje, etc.

Es habitual, sin embargo, que en los propios contratos se incluyan previsiones estableciendo que la configuración de la vivienda puede modificarse, de forma no sustancial, si durante la construcción surgen motivos legales o técnicos que así lo aconsejen. También suele preverse que los materiales que se señalan en la memoria de calidades pueden ser sustituidos por otros de mayor calidad, si los que se indican, por ejemplo, dejan de fabricarse o por otros motivos similares. Sin embargo, ninguna de estas modificaciones que se mencionan pueden ser de tal magnitud que el comprador se vea obligado a comprar una vivienda sustancialmente distinta de aquella que contrato, ni con unas calidades que no se correspondan básicamente con las previstas en el contrato. Por este motivo, es fundamental analizar detenidamente la memoria de calidades, antes de firmarla y, verificar que el nivel de detalle que contiene es suficiente en las instalaciones y elementos de terminación básicos de la vivienda. La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2002, establece que la obligación de dar una cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, lo que implica la obligación del promotor de aportar al adquirente de viviendas los planos, proyectos básicos y de ejecución y memoria de calidades de la edificación transmitida.

Sin lugar a dudas, de gran importancia es la fecha prevista para la entrega de la vivienda. Muchas veces, resulta difícil fijar por anticipado y con exactitud, la fecha en que será posible la entrega, pues lo complejo del proceso de promoción, puede introducir elementos o imprevistos que produzcan demoras, tales como huelgas, inclemencias meteorológicas o trámites administrativos. No resulta extraño que, en consecuencia, se prevea en el contrato una posible prórroga automática sobre la fecha prevista, pero es necesario identificar con exactitud cuál será la fecha límite en que, supuestas estas prórrogas, el vendedor tiene obligación de entregar la vivienda y en la que, si no se ha

producido la entrega, el comprador puede optar, si no concede nuevo plazo al promotor, por resolver el contrato y pedir la devolución del dinero anticipado[771].

En cuanto al tema del precio exacto y la forma de pago, las cantidades a pagar a cuenta (antes de la terminación y entrega de la vivienda) deben ingresarse necesariamente en una cuenta bancaria especial y así debe establecerse en el contrato. Queremos llamar la atención sobre la existencia de un modelo de contrato de compraventa, exento de cláusulas abusivas, para poder satisfacer las necesidades del mercado y proteger al adquirente[772].

Y por último, es necesario que el vendedor aporte la garantía, de acuerdo con la Ley 57/1968, de que el comprador tiene asegurada la recuperación del dinero entregado a cuenta (con sus intereses legales), en caso de que la vivienda no se entregue en la fecha prevista. Las únicas garantías válidas legalmente son un aval de Banco o Caja de ahorros o un seguro de caución emitido por una entidad autorizada legalmente para operar en España.

Acerca de las cautelas para garantizar que se va a recibir la vivienda que se ha comprado, los puntos que hay que controlar a estos efectos son:

La situación jurídica del terreno, comprobando en el Registro de la Propiedad la titularidad del solar, con su situación de cargas. Debería figurar como propiedad plena del promotor-vendedor, libre de cargas, que no sean las necesarias para el desarrollo de la

[771] Hay que tener en cuenta que para que el retraso en la entrega de una vivienda lleve a los tribunales a admitir la resolución del contrato, se requiere que el plazo de cumplimiento tenga carácter esencial. La doctrina española entiende, como regla general, que en los casos de término esencial la prestación realizada tardíamente carece ya de interés para el acreedor, lo que da lugar a un incumplimiento definitivo. La jurisprudencia suele ser reticente a conceder a los plazos de entrega en las compraventas de pisos futuros o en construcción, el valor de términos esenciales; en muchas ocasiones, porque las propias partes lo pactan con carácter aproximativo. Así en las STS de 21 de abril de 2001 (RJ 5286), el tribunal admite la resolución, pero con base en la existencia de un retraso prolongado; y en la STS de 26 de septiembre de 2002 (RJ 8093), en el incumplimiento por parte del constructor de su obligación de comunicar al comprador el retraso en la entrega. Es particular el caso contemplado por la STS de 5 de diciembre de 2002 (RJ 10432), donde el Tribunal deduce el carácter esencial del término de entrega de los siguientes hechos: en primer lugar, que gran parte del precio de la venta había sido ya satisfecho por el comprador, lo que hace suponer al tribunal que éste tenía interés en recibir la prestación en el tiempo pactado. Pero además, atiende a cómo se han configurado las obligaciones de una de las partes, para establecer las que corresponden a la otra en el contrato. En particular, entiende que si el término había sido pactado con carácter esencial para el vendedor, también habría de serlo para el comprador. La cláusula contractual de la que el tribunal deduce el carácter esencial del término para el vendedor, es aquélla que le permite instar la resolución del contrato en caso de impago parcial del precio de la vivienda; cláusula, por otra parte, muy frecuente en este tipo de contratos (vid. el comentario de la última sentencia citada de ANDREU MARTÍNEZ, B., "Resolución por retraso en la entrega de vivienda (comentario a la STS de 5 de diciembre de 2002)", en *RDP*, mayo-junio 2003, págs. 409-419).

[772] http://www.consumo-inc.es/informes/interior/informes/informes.htm.

construcción, como es el caso de una hipoteca para la edificación y, en su caso, las cargas de urbanización.

También es importante conocer las circunstancias de la promoción, es decir, debemos informarnos si, efectivamente, se puede edificar sobre el solar en cuestión, y en concreto, si se puede llevar a cabo el edificio que se dice que se va a construir, enterarnos acerca de si está concedida y vigente la licencia de obras, sin condicionamientos y al corriente en el pago de las tasas. Del mismo modo, reviste gran interés la información sobre las circunstancias del promotor, mediante la adecuada identificación de la empresa que asume el compromiso de promoción y entrega de la vivienda, capacidad técnica, profesional y financiera, experiencia de la empresa o de sus componentes en promociones anteriores, pertenencia a un grupo de empresas determinado con análisis de su experiencia y solvencia. Para evitar empresas insolventes o poco serias, es aconsejable que se acuda al Registro Mercantil para solicitar información sobre la empresa, número de socios, capital social, cuentas anuales, etc. Comprobar la viabilidad técnica del proyecto, en la medida en que se adecue a la situación urbanística y jurídica del solar.

Igualmente, debemos tener en cuenta la capacitación técnica y financiera del constructor, cuando sea diferente del promotor inmobiliario, así como las condiciones del contrato de construcción.

Nunca está de más conocer la viabilidad financiera, es decir, cuál es el análisis de flujos previstos para la adecuada financiación de los costes de la promoción, con recursos propios del promotor, financiación bancaria y anticipos de los compradores.

Con la LOE, es obligatorio contratar la póliza del seguro decenal, sin la cual, no se podrá llevar a cabo la declaración de obra nueva terminada o el acta notarial que incluya el certificado de finalización de obra ya declarada en construcción, así como la división horizontal, ambas imprescindibles para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos sobre las viviendas adquiridas a nombre del comprador.

Como podemos ver, este conjunto de variables a controlar está fuera del alcance de la gran mayoría de los compradores de viviendas. Y la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (BOE de 29 de julio), no nos pone a cubierto de tales peligros, pues, esta norma se promulgó con la

finalidad de proveer al comprador de vivienda de una garantía de recobro de las cantidades que hubiera adelantado a cuenta del precio final, cuando el promotor no cumplía sus obligaciones de entrega, al no finalizar la construcción[773].

La ventaja que para el comprador supone la existencia esta normativa de 1968 y el tipo de garantía que contempla, es que puede tener la "tranquilidad" de que un equipo de profesionales expertos ha analizado todos los aspectos que hemos visto anteriormente, habiendo llegado a la conclusión de que el proyecto es viable, y existe una alta probabilidad de que la vivienda se termine y entregue. Ya que a los promotores se les exige[774] por las aseguradoras una completa documentación: escritura de constitución, declaración de bienes de los socios, estados financieros auditados de los dos últimos años, resumen presupuestario de obras, licencias de obra, titularidad de terrenos, escritura de obra nueva y división horizontal, certificado de obra actual, escritura de préstamo hipotecario, contratos de compraventa, certificación de apertura de cuenta especial. Por lo que se refiere al control de riesgos, las pólizas exigen un certificado mensual de la dirección técnica de la obra (trabajos realizados en el mes y cifra de inversión), y la entrega de certificaciones de obra para disponibilidad de préstamo hipotecario, reservándose también los aseguradores el derecho de inspeccionar personalmente las obras. En caso de que tales compañías, que han analizado la promoción, se equivoquen y la vivienda no llegue a entregarse, la aseguradora se compromete a indemnizar al comprador con el importe que haya anticipado a cuenta del precio de la vivienda, más los intereses legales.

[773] Dado que estos compradores de pisos futuros no dispondrían, en la generalidad de los casos, de ningún tipo de garantía convencional o legal (su crédito no tiene el privilegio refaccionario ni goza de las ventajas de la acción directa del art. 1597 CC), la restitución de estas cantidades no sería posible en caso de quiebra del promotor, o sería prácticamente ineficaz ante una situación de insolvencia en que concurrieran acreedores privilegiados. Esta escasa cobertura del riesgo era tanto más acuciante cuanto que normalmente el adquirente de vivienda invertía en esta adquisición la práctica totalidad de sus ahorros.

[774] Entre las obligaciones del tomador que se recogen en las pólizas, destacan las siguientes: deberá poner en conocimiento del asegurador toda circunstancia que pueda influir en la correcta valoración del riesgo, dando lugar toda reticencia a derecho de rescisión del contrato "cesando la emisión de nuevos certificados individuales", sin perjuicio de la plena vigencia de los emitidos con anterioridad. En caso de incumplimiento de circunstancias de agravación del riesgo, se aplica el art. 12 LCS. El promotor deberá presentar memoria, balance y cuenta de pérdidas y ganancias; copia del estado de la cuenta especial; deberá comunicar las incidencias surgidas en las obras; deberá canalizar todas las entregas en la cuenta especial; facilitará la inspección de las obras; presentará todos los contratos de cesión realizados; contratará un seguro de daños en el que se cubran los riesgos catastróficos o extraordinarios (vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en op. cit., pág. 497).

2.- CAUTELAS DEL COMPRADOR Y OBLIGACIONES DEL VENDEDOR. LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, SOBRE PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS.

La Ley 57/1968, ha sido merecedora de abundantes y fundamentadas críticas por su insuficiencia, aun así, algunas normas[775] recientes recuerdan su vigencia e imponen su aplicación en determinados casos. Es evidente que, hoy día, no se puede dudar de la vigencia de la norma comentada, prueba indudable de ello es la Disposición Adicional Primera de la Ley de ordenación de la edificación, ante la posible percepción de cantidades anticipadas por los promotores o gestores de la edificación, que ordena su cobertura "mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, que será de aplicación, junto con sus disposiciones complementarias, con las modificaciones que la propia Disposición Adicional Primera especifica"[776].

Tal y como resulta de la mencionada Disposición Adicional Primera, el propósito del legislador de la LOE es introducir algunas reformas puntuales en la legislación que, desde 1968, viene regulando para viviendas libres el régimen de las cantidades adelantadas por los compradores a cuenta del precio, cuando la obra no está concluida ni se entrega en

[775] La vigencia y contenido de la Ley 57/1968, de 27 de julio fue confirmada expresamente por el número 2, letra h), de la Disposición Derogatoria de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado. La nueva Ley 30/1995, de 8 de noviembre (BOE 9 de noviembre, núm. 268), de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ni deroga ni confirma, de manera expresa la Ley 57/1968, por lo que entendemos que ésta última mantiene su vigencia. En apoyo de este argumento, se puede traer a colación la Disposición Derogatoria del nuevo Código penal (aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre – BOE 24 de noviembre, núm. 281-), donde se deroga expresamente el artículo 6 de la Ley 57/1968. Además del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores (cfr. art. 7), en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, señala en su artículo 4.2.II, que "las garantías de las cantidades entregadas a cuenta se regirán, en todo aquello que les sea aplicable, por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas, y sus normas de desarrollo"; según el art. 5.2.II, LAT, a la escritura pública reguladora del régimen de aprovechamiento por turno, y en caso de que el inmueble se encuentre en construcción, deberá incorporarse documento acreditativo de haberse constituido el aval o el seguro de caución a los que se refiere el art. 4.2 LAT. Nada tienen que ver estas entregas a cuenta con los anticipos que aparecen prohibidos por el art. 11 LAT, mientras que no transcurra el plazo para el ejercicio de la facultad de desistimiento.

[776] Tales modificaciones son las siguientes: 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. b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley. c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. d) Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del art. 6 de la citada Ley, se impondrá por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

el momento de este pago, cualquiera que sea la fecha en que el contrato se firme o se documente con carácter definitivo.

Pasamos a realizar un análisis de los distintos preceptos contenidos en la Ley 57/1968, de 27 de julio, en este trayecto tendremos ocasión de conocer el contenido de los preceptos actualmente en vigor, una vez introducidas las modificaciones a que hace referencia la Disposición Adicional Primera de la LOE, así como las carencias, que pese a esta reformulación legal, todavía persisten en la norma de 1968 y que siguen demandando una reforma legal.

La normativa contenida en la Ley 57/1968 se refiere al aval y al contrato de seguro, de modo unitario e indistintamente, dejando en manos del garante la elección de la modalidad de garantía que estime más adecuada.

Respecto del tipo de seguro de caución contemplado por las disposiciones de la Ley 57/1968, estamos ante un seguro de caución de origen legal, ya que su contratación viene impuesta por mandato de la Ley (no quedando tal contratación al arbitrio de las partes). Esta afirmación debe matizarse sobre la base de que el seguro de caución no se crea por la Ley 57/1968, la norma lo único que hace es obligar a que se contrate necesariamente y en los supuestos que expresamente contempla, por consiguiente, el seguro al que nos referimos es un seguro obligatorio[777], la duda puede surgir a la hora de determinar si el seguro de caución debe respetar aquello que la Ley citada y, más concretamente, su normativa de desarrollo, le impone como contenido necesario. En este sentido, el artículo 4 de la Orden de 29 de noviembre de 1968, sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas (BOE de 5 de diciembre), imponía que, en el condicionado del seguro, se incorporasen, como condiciones mínimas, las que establecía la propia Orden[778]. Hoy día, es dudoso en qué medida este contenido contractual debe seguir

[777] Vid. BENAVENTE SEGORB, R., "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura", *RGD*, núm. 651, diciembre 1998, págs. 14626, 14651, 14655; donde admite, sin realizar ningún tipo de crítica u objeción, el carácter obligatorio e imperativo de la Orden de 1968.

[778] Cabe destacar las siguientes: los contratos de cesión de viviendas deberían haberse sometido, en su redacción y modificación, al conocimiento de la aseguradora; esta entidad podría comprobar, durante la vigencia del contrato, los documentos que guarden relación con las obligaciones contraídas por el promotor frente a los asegurados y, particularmente, el movimiento de la cuenta especial; el contrato entraría en vigor desde la apertura de la cuenta especial; las pólizas individuales serían emitidas sin cargo alguno para los asegurados; la garantía se haría eficaz cuando las cantidades se hubieran ingresado en la cuenta especial y se hubiese requerido notarialmente, o de otra manera indubitada al promotor, y éste no hubiera devuelto las cantidades; el asegurador no podría alegar falta de pago de las primas; la entidad aseguradora podría dejar de

siendo de obligada inclusión en las pólizas correspondientes, pues desde la liberalización del sector, se ha suprimido la necesaria autorización administrativa de las pólizas[779]. En cualquier caso, desde el punto de vista protector del consumidor, las únicas condiciones obligatorias que le son favorables son la inoponibilidad del impago de la prima y la imposibilidad de resolver, retroactivamente, los contratos de seguros con pólizas individuales ya emitidas, cuando el promotor incumple sus compromisos con la aseguradora. Las dos medidas citadas son de obligado cumplimiento, tanto si han sido recogidas en las pólizas correspondientes como si no, pues en este punto es menester interpretar el art. 4 de la Orden comentada como una norma de protección imperativa mínima, no como un elenco de cláusulas de obligada inclusión en el contrato[780].

A) La obligación de devolver las cantidades anticipadas a cuenta del precio.

De acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 57/1968, quienes promuevan con fines empresariales la construcción de viviendas (no de locales, cfr. STS Sala 2ª de 23 enero de 1984 [RJ 379]) que no sean de protección oficial, aun cuando la vivienda se adquiera para cumplir finalidades no permanentes de habitación, como vivienda turística, ya sean promotores o gestores, y pretendan obtener cantidades anticipadas a cuenta del precio antes de iniciar la construcción o durante la misma (no importa el concepto en que se cobren dichas cantidades, aunque se las llame arras o señal), estarán obligados a garantizar la devolución de tales cantidades que perciban, más "los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución" (frente al 6 % del interés anual previsto, originariamente por la Ley de 1968, la Disposición Adicional Primera de la LOE

---

emitir nuevas pólizas cuando se comprobase de modo fehaciente el incumplimiento por el promotor de las obligaciones establecidas en la Ley.

[779] La Ley de 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación de los Seguros Privados, derogatoria de la Ley de Ordenación de los seguros privados de 16 de diciembre de 1954 (que en su art. 4.3, ordenaba, expresamente la presentación de las pólizas, entre la documentación necesaria, para obtener la autorización administrativa, a la vez que habilitaba a la Administración para denegarla cuando en las pólizas o contratos figurases condiciones ilegales, ambiguas o lesivas para los asegurados), eximió de autorización administrativa a las pólizas de los contratos de seguros, siendo la situación que se mantiene, al día de hoy (cfr. art. 24.5 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), pese a que, como es lógico, continúa siendo precisa la autorización de la entidad aseguradora.

[780] En este sentido, vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., pág. 484. Si bien, MARÍN LÓPEZ, estima que aunque, en un principio el contrato de seguro de afianzamiento de devolución de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas era un contrato normado, dado que su contenido se encontraba preceptivamente determinado por una disposición reglamentaria, actualmente resulta que el artículo 4 de la Orden de 29 de noviembre de 1968 no pasaría de ser una directriz orientativa, dispositiva, del contenido del contrato de seguro de devolución de cantidades anticipadas (vid. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1998", en *CCJC*, núm. 50, abril-agosto 1999, págs. 776-777).

introduce esta modificación[781]), mediante un contrato de seguro de caución o por aval bancario de carácter solidario, que se harán efectivos en caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido.

La delimitación del riesgo asegurado resulta bastante compleja, pese a que la reglamentación del seguro de caución para devolución de las cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda incline a pensar en lo contrario. En el seguro de caución el riesgo cubierto es el derivado del incumplimiento de una obligación de dar: la de devolver las cantidades anticipadas a cuenta del precio.

La complejidad estriba en que tal obligación de dar, deriva, a su vez, del incumplimiento de otra: la de entregar la vivienda en el término previsto en el contrato; esto es, debe existir un nexo causal entre el nacimiento de la obligación de devolver los anticipos y el incumplimiento, por parte del promotor-tomador, de la obligación de entrega en los términos previstos en el contrato de venta de vivienda futura[782].

Si bien, la norma legal, es decir, el artículo 1.1, en relación con lo dispuesto en la letra a), del artículo 2 de la misma Ley, deja claro que a lo que se obliga el promotor es a garantizar la devolución de las cantidades que el comprador adelantó a cuenta del precio, con el correspondiente incremento, y además, a que obligatoriamente, el contrato de compraventa contenga una estipulación por la cual el promotor se comprometa a efectuar dicha devolución "en el caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinarán en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad"; la delimitación que del riesgo se establece en la Orden de 29 de noviembre de 1968[783] no

[781] El interés del 6 % previsto en la Ley 57/1968, tenia una finalidad disuasoria y penalizadora, cuando se promulgó la Ley, dado que entonces, el interés moratorio legal estaba fijado, desde la Ley de 7 de octubre de 1939, en el 4 % anual. Ahora bien, cuando la Ley 22/1984, de 29 de junio, sobre modificación del interés legal del dinero, derogó el párrafo 2º del art. 1108 CC, y determinó el interés legal aplicando el tipo básico del Banco de España, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado estableciera uno diferente, se produjo una, cada vez mayor, diferencia entre el interés legal del dinero y el previsto en la Ley 57/1968, sólo zanjada en tiempos muy recientes.

[782] En caso de no ser así, siempre resultaría cubierta la obligación de devolución, fuese por la causa que fuese. Así, por ejemplo, en el supuesto de que el comprador desistiese del contrato habiéndose pactado la devolución de una parte de los anticipos, si el promotor no cumpliera con esta obligación de devolución, el comprador que desistiera del contrato no podría reclamar ante la entidad aseguradora, ya que pese a existir la obligación de devolución de anticipos, la causa del nacimiento de la obligación del promotor-tomador no es el incumplimiento de su obligación de entrega en los términos pactados en el contrato.

[783] La Orden de 29 de noviembre de 1968, dispone en su artículo 4, letra f), destinado a recoger las estipulaciones que, como contenido mínimo y uniforme, han de constar en todas las pólizas colectiva, lo siguiente: "en caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido entrará en juego la garantía del asegurador, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos: 1) que las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante el ingreso en la cuenta especial a que se

es afortunada, ya que lo ambiguo de su contenido ha llevado a creer que lo que se asegura es, que la construcción no llegue a buen fin o no se entregue la cédula en el término previsto y, además, no se devuelvan los anticipos[784] a los adquirentes más el interés que corresponda.

En cualquier caso, podemos decir que la disposición legal es clara y contundente al respecto: nace para el vendedor-promotor, en caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin (es decir, no se produce la entrega de la vivienda) en los plazos pactados, una obligación respecto del comprador cuyo objeto es la devolución de las cantidades anticipadas, con el incremento que corresponda, que será cubierto por el seguro. Ya que la Ley está dedicada a la regulación de la compra de vivienda futura en la que se pacta la entrega, por parte del comprador, de cantidades de dinero anticipadas a cuenta del precio. Es por ello que la Ley 57/1968 establece, de una parte, cuáles son las causas por las que se genera la obligación de devolución, y, de otra, la necesidad de que, antes de que nazca, dicha obligación sea garantizada, procurando, de esta manera, que no se genere un perjuicio grave en el patrimonio del adquirente. La Ley a la que nos estamos refiriendo establece la necesidad de que se asegure la obligación de devolución, no la finalización completa de la obra.

El asegurador o avalista no garantizan, por tanto, el cumplimiento de la obligación de entrega, sino el de la no devolución de las cantidades que el promotor debe restituir cuando el adquirente resuelve el contrato por falta de entrega de la vivienda. Garantiza, pues, una obligación dineraria, que, como tal, nunca puede extinguirse por imposibilidad sobrevenida fortuita. Esto es de extrema importancia. No importa la razón por la que el promotor no ha cumplido su obligación de entrega, ya que, en cualquier caso, puede el

---

refiere el apartado 2º, del artículo 1 de la Ley de 27 de julio de 1968; 2) que se haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda más sus intereses al 6 por 100 anual ...".

[784] BENAVENTE SEGORB, entiende que existe una desconexión entre el riesgo asegurable tal y como lo establece la Ley 57/1968 y la delimitación del riesgo llevada a cabo por la Orden de 29 de noviembre de 1968, y transmitida a las pólizas al uso, desconexión manifestada en que no se establece una relación causal entre la falta de devolución de las cantidades anticipadas y el incumplimiento de la entrega de la vivienda en el término convencionalmente establecido. Antes bien, se eleva el incumplimiento de la obligación de entrega a riesgo asegurado conjuntamente con la falta de devolución de los anticipos. Esta circunstancia implica que, a la hora de establecer la realización del siniestro, deba tenerse en cuenta no sólo la realidad de la falta de entrega de las viviendas en los términos temporales pactados, sino el nexo etiológico entre el incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa comprada y la causa de tal incumplimiento (es decir, entre la causa del evento y el evento en sí). De tal manera, que circunstancias que afectan al contrato de obra exclusivamente, pueden llegar a afectar a las relaciones entre asegurador y asegurado ("Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura", en op. cit., págs. 14653-14654).

adquirente resolver por esta causa. Los aseguradores o fiadores no pueden alegar la concurrencia de un caso fortuito que imposibilitara el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, pues no es ésta la obligación cuyo cumplimiento garantizan, sino la de devolver dinero, que, como tal, no está sujeta a las causas de exoneración de los artículos 1182 y 1184 CC[785].

La determinación del supuesto de hecho de la garantía es fundamental para concretar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción contra el asegurador. No lo es el día en que estaba comprometida la entrega de la vivienda, sino la fecha en que el tomador del seguro deja de atender el requerimiento de pago del asegurado. Y si la cobertura se ha pactado con carácter solidario, es claro que podrá reclamar directamente el pago al asegurador.

B) Ingreso mediante efectos cambiarios.

Uno de los problemas que más se han denunciado en la aplicación de la Ley 57/1968 ha sido el del pago de los anticipos a través de letras de cambio[786], que los adquirentes de la vivienda libraban en el momento de la firma del contrato, aunque sus vencimientos se escalonaran en el tiempo. Gracias a este libramiento, el promotor podía conseguir una fácil financiación de la obra mediante el descuento de las letras, realizado por completo al margen de la cuenta especial, a cuyo través, según la Ley de 1968 y la propia DA 1ª LOE, debían hacerse todos los pagos por los adquirentes.

La Disposición Adicional Primera de la LOE, en su letra b), sale al paso, extendiendo la garantía a los pagos anticipados realizados en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario. Para evitar confusiones, habríamos preferido una redacción en virtud de la cual la obligación de afianzamiento se extendiera a los pagos realizados por el adquirente, sea cual fuere, la fórmula pactada, no obstante, debemos considerar que el espíritu de la norma es ese. El equiparar la entrega de efectos cambiarios al pago, es algo que ya realiza el art. 1170 CC, y en cualquier caso, la jurisprudencia ya venía imponiendo el régimen de la Ley 57/1968 a los pagos adelantos realizados mediante letras de

[785] Vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., pág. 490-491. Igualmente BENAVENTE SEGORB, R., "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura", en *RGD*, op. cit., págs. 14664-14665.

[786] Especialmente MUÑOZ DE DIOS, G., "El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas", en *RDP*, 1981, págs. 1067-1068.

cambio[787]. Respecto a esta modificación se entiende por la doctrina[788] que imponer la domiciliación del pago de las letras de cambio no constituye ninguna garantía adicional seria a favor de los adquirentes de la vivienda, pues no impide su descuento y que el promotor destine las cantidades obtenidas a los fines que más le convengan, lo deseable hubiera sido que la nueva reformulación de la norma hubiese impuesto la obligación de ingresar en la cuenta especial las cantidades obtenidas por el promotor mediante el descuento cambiario y que se hubiera precisado las consecuencias de la contravención de la norma.

Consideramos que no es aconsejable que estas cantidades se documenten en letras de cambio aceptadas por el comprador, pues ello le obliga a pagarlas (si el vendedor las ha endosado a un tercero), aunque las viviendas no se terminen y, además, resulta más difícil cumplir la exigencia de ingreso en la cuenta especial. Es recomendable que los pagos se realicen mediante ingreso directo del dinero por el comprador en la cuenta especial, bien sea en fechas fijas predeterminadas en el contrato o, cuando el vendedor comunique que se han cumplido determinados hitos en el proceso de promoción (al salir de cimientos, al terminar la estructura, el cerramiento, el fin de obra, ...). Si se aceptan o se domicilian en una cuenta del comprador recibos periódicos emitidos por el promotor, es conveniente pedir, regularmente, al vendedor que justifique el ingreso en la cuenta especial, de las cantidades que se han ido haciendo efectivas. En definitiva, nos parece que debería prohibirse la emisión de pagarés o letras de cambio para financiar el pago de las cantidades aplazadas, salvo que correspondan a porcentajes de obra ya existente (debidamente constatado mediante certificado del arquitecto).

[787] En cualquier caso, como dice CARRASCO PERERA, la mención a los efectos cambiarios que realiza la DA 1ª de la LOE, no es baladí, en la medida en que el vencimiento de estos efectos cambiarios puede ser posterior al momento en que se produce el supuesto de hecho que permite ejecutar la garantía; si las letras no han vencido aún, en el momento de la reclamación de las cantidades, el promotor o asegurador no podrán oponer que los pagos todavía no se han realizado, merced a la aplicación del art. 1170.2 CC, y que por ello, nada hay que devolver ("Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., pág. 474).

[788] Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1998", en *CCJC*, núm. 50, abril-agosto 1999, pág. 766. También CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en op. cit., pág. 474.

C) Ingreso en cuenta especial.

Uno de los puntos más controvertidos de la Ley de 1968, es que las cantidades anticipadas por los adquirentes deberán depositarse en una cuenta especial[789], a nombre del promotor, "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" (art. 1.1 Ley 57/1968). A su vez, la entidad bancaria en cuestión, no procederá a abrir la cuenta sin que le sea aportada la garantía de restitución arriba referida (art. 1.2 Ley 57/1968). Tanto la entidad bancaria como la cuenta especial deberán hacerse constar en el contrato de compra de vivienda futura que se celebre con el adquirente (art. 2 Ley 57/1968).

En la Ley, la secuencia temporal ideal viene dada por, en un primer momento, la constitución de la garantía de devolución de las cantidades anticipadas mediante contrato de seguro o aval solidario, y después, por la apertura de la cuenta especial a cuyo través se percibirán las cantidades que en el futuro abonarán por anticipado los adquirentes y también en las que se depositaran las que, eventualmente ya haya percibido el promotor.

Sin embargo, en las pólizas aseguradoras y, aun en la propia praxis aseguradora, las cosas ocurren de otro modo, ya que normalmente, no se emiten avales sin que se haya abierto la cuenta correspondiente, considerándose el ingreso en la misma como un elemento necesario para que se entienda producido el siniestro cubierto por la garantía. Es mas, el art. 4.f).1, de la Orden de 29 de noviembre de 1968, establece que para poder exigir el asegurado la indemnización, debe cumplirse el requisito de que "las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante el ingreso en la cuenta especial a que se refiere el apartado segundo, del artículo 1 de la Ley 57/1968".

Se ha considerado[790] que la exigencia al asegurado, recogida en la Orden de 29 de noviembre de 1968, consistente en que todos los anticipos se hayan depositado en la cuenta

[789] Según MERCHÁN GABALDÓN, existe una problemática en la practica bancaria, según la cual resulta complicado obtener la cualificación de "especial", en los términos previstos en la Ley. Y esto se debe, a que las entidades bancarias consideran peligroso certificar la existencia de una "cuenta especial" sometida a lo preceptuado en la Ley, puesto que ello implica asumir una cierta responsabilidad sobre el control de los ingresos, y más aún, del destino de las disposiciones efectuadas sobre dicha cuenta, fiscalización a la que las entidades no están dispuestas, o quizá, no preparadas (vid. *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., pág. 224).

[790] BENAVENTE SEGORB, "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura", en op. cit., pág. 14655.

especial, carece de lógica, ya que es el promotor el sujeto destinatario de la obligación de efectuar dicho depósito, por lo que el asegurado, en principio, no tiene ningún tipo de relación con la entidad depositante, de forma que no puede controlar si las cantidades anticipadas se depositan allí o no.

Así, a pesar de la terminología legal, el Tribunal Supremo ha sostenido, con acierto, que el ingreso es un deber del vendedor, no de los compradores, quienes cumplen con anticipar cantidades en la forma exigida por éste, sin que el asegurador le pueda oponer aquella circunstancia como una excepción al pago. En la STS de 30 de diciembre de 1998 (RJ 9984)[791], la aseguradora basaba su negativa a cubrir el siniestro en la no realización de los ingresos en la cuenta especial legalmente exigida, pero sus intentos resultaron vanos porque para el Tribunal Supremo "es claro que sobre la promotora-vendedora recaía la obligación de abrir esa cuenta para los pagos posteriores al seguro y para ingresar los anteriores", y no sobre los compradores; el hecho, añade el Tribunal, de que "fuese falsa la apertura, o que esa cuenta no se llevase en las condiciones legales para hacer frente a la construcción, en modo alguno es responsabilidad de los asegurados". Esta doctrina relativa a la inoponibilidad al beneficiario del seguro de caución de las irregularidades o anomalías, se encontraba ya establecida en una jurisprudencia[792] anterior.

En la resolución comentada se condenó a la aseguradora al pago de todas las cantidades anticipadas por los compradores, cualquiera que fuera el momento concreto en que se realizaron (antes o después de la celebración del seguro de caución). Frente a la pretensión del recurrente de reducir cuantitativamente su obligación, el Supremo hace ver que "no pueden quedar fuera de la cobertura del seguro las cantidades representativas del pago de cambiales con vencimiento posterior a esta última fecha (la de celebración del seguro), pues el contrato de compraventa que le sirve de base no se alteró por la

[791] Las cosas suceden de la siguiente manera: se compra una villa en construcción por documento privado el 19 de abril de 1989, donde se pacta el pago de una cantidad equivalente a la mitad del precio, que se hizo efectivo mediante la aceptación de unas cambiales por los adquirentes; la parte restante del precio, la otra mitad, se abonaría en el momento del otorgamiento de la escritura pública. En el documento privado no se aludía para nada al ingreso de los pagos anticipados en una cuenta especial, ni al aseguramiento de tales pagos en alguna de las formas legalmente admitidas. Fue casi un año después del documento privado de venta, el 11 de marzo de 1990, cuando el promotor concertó un seguro de caución con la aseguradora recurrente en casación, dado que los compradores se negaban a atender el pago de algunas cambiales si no se les garantizaba la devolución de los anticipos.

[792] Cfr. entre otras, SSTS de 7 de junio de 1983 (RJ 3450), 23 de marzo de 1990 (RJ 1720), 22 de noviembre de 1997 (RJ 6410) –comentada por CAMACHO DE LOS RÍOS, J., "Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997", en *CCJC*, núm. 46, 1998, págs. 59-74-. En la jurisprudencia de Audiencias, la SAP de Sevilla de 27 de septiembre de 1994 (AC 1604).

concertación del seguro, en fecha muy posterior; ni la aseguradora exigió ninguna modificación en las cambiales ya aceptadas y con vencimiento posterior al entrar ella en escena, por lo que la obligación de ingresarlas en la cuenta especial correspondía a quien las cobraba", la promotora. También esta interpretación es evidentemente correcta, dado que la cobertura del seguro comprende las cantidades entregadas antes de iniciar la construcción de la vivienda o durante la misma, con total independencia del momento concreto en que se concertó el seguro por el promotor.

Por otra parte, considera CARRASCO PERERA[793] que esta obligación de mantener una cuenta separada no constituye una garantía excesivamente consistente. La cuenta separada no impide la mala gestión económica. Del tenor de la Ley se desprende que se trata de un patrimonio relativamente separado, que no responderá de las deudas ordinarias del promotor, pero que no impedirá que los créditos derivados de la construcción se hagan efectivos sobre tales fondos. Tampoco el promotor requiere una autorización especial para disponer de fondos de este "depósito de disponibilidad", o aplicarlos conjuntamente a varias promociones que tenga en curso, por mucho que su disposición indebida constituya delito. La legitimidad de esta disposición no se acompaña de un control de terceros, que pudiera convertirse en una auténtica limitación del poder disposición. Tras todo lo expuesto, lo deseable sería rodear la cuenta especial de las cautelas necesarias para, sin menoscabar la agilidad que debe presidir la realización de la obras y su financiación, asegurar, de un lado, el ingreso efectivo de las cantidades anticipadas (en efectivo o mediante cambiales) en la cuenta especial; y de otro, el destino de tales cantidades a la financiación de la viviendas.

D) Pólizas individuales y colectivas.

El vendedor no cumple con la simple constancia en el contrato de compraventa de que ha asumido semejante obligación de garantizar por medio de un tercero. Ni bastará que una copia del documento de garantía se tenga a disposición del público, como parece sugerir el art. 7 RD 515/1989. Una de las características de este seguro de caución es que coexisten un contrato colectivo, mediante el cual el promotor inmobiliario, actuando como tomador del seguro, asume la obligación o deber legal de pago de las primas debidas por el

[793] Vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en op. cit., pág. 492. También MARÍN LÓPEZ, J. J., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1998", en *CCJC*, núm. 50, abril-agosto 1999, pág. 766.

conjunto de los futuros asegurados, adquirentes de una concreta finca o unidad urbanística de vivienda. A medida en que son ingresadas las cantidades a cuenta del precio, en la cuenta corriente bancaria especial prevista en la Ley 57/1968, el cedente entregaría la póliza individual, que juega como certificado del seguro, con fuerza ejecutiva con ciertos requisitos a favor del adquirente-asegurado. Dado que es la declaración de voluntad garantizadora del tercero lo que debe constar al comprador, el documento en que esta declaración se contenga deberá entregarse al adquirente en el momento de la celebración del contrato, y esta garantía deberá estar individualizada para cada adquirente concreto y constarán en ella las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio.

En este sentido, una de las principales dificultades que presente la Ley 57/1968, como todas las demás no desvanecida por la DA 1ª LOE, es la necesidad de armonizar los derechos de los adquirentes, que confían en la existencia de la póliza global emitida por el asegurador, y las exigencias por éste de que la garantía global tenga que ser concertada para cada adquirente mediante pólizas individuales, con ajuste de prima, y que constituye el "título de la garantía", a favor del adquirente[794].

A la hora de aclarar este punto, nos encontramos que los términos de la Ley 57/1968 son extraordinariamente confusos. Según el art. 2, *in fine*, en el contrato de cesión de viviendas deberá hacerse una "referencia al aval o contrato de seguro", además, en este mismo momento, el vendedor-promotor "deberá entregar al adquirente (cesionario) el documento en que se acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio". Del tenor de la norma, parece desprenderse que es la póliza individual de aval o seguro (y no una simple fotocopia de la póliza colectiva) la que deberá ser entregada al cesionario. Sin embargo, esta exigencia es de imposible cumplimiento[795], pues el asegurador sólo emitirá esta póliza cuando se le acredite la firma del contrato. A tenor del art. 5 de la Orden de 29 de noviembre de 1968, "a medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados se extenderán las respectivas pólizas individuales de seguro". Ahora bien, no se sabe a requerimiento de quién se emiten, o si puede la aseguradora negarse a emitirlas a requerimiento del adquirente alegando que el promotor no ha pagado la prima correspondiente. Pues aunque el art. 4.g),

[794] Vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en op. cit., págs. 476-477.

[795] Como acertadamente manifiesta, CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en op. cit., pág. 477.

de la Orden citada impide que el asegurador deniegue el pago alegando la falta de la prima, lo que no parece resuelto con ello es si puede negarse a la emisión de la correspondiente póliza individual[796].

E) Propaganda y publicidad.

Un requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, es que se haga constar en las mismas que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 57/1968, haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresar las cantidades anticipadas en cuenta especial. Dichos extremos se especificaran en el texto de la publicidad que se realice (art. 5 Ley 57/1968). A tenor de la Orden de 5 de octubre de 1968 (BOE de 10 y 18 de octubre), los datos mencionados habrán de componerse en el texto publicitario en tipos perfectamente legibles y de tamaño igual, al menos, que el predominante en la revista, impreso o diario en que se inserten. Si se trata de edición independiente se utilizará, como mínimo, tipo de cuerpo ocho.

F) Resolución del contrato y prórroga.

El adquirente podrá ejecutar la garantía si la obra no se concluye y entrega en el tiempo determinado en el contrato y el promotor no restituye las cantidades que recibió. Según el artículo 3 de la Ley 57/1968, "el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, con el 6% de interés anual (hoy, el interés legal), o conceder al cedente prórroga, que se harán constar en una cláusula adicional". Con ello, se da a entender que no cabe ejecutar la garantía contra el tercero si no se ejercita simultánea o previamente la resolución por incumplimiento.

[796] Prueba del riesgo que corren los adquirentes con este sistema de póliza doble, es la STS de la Sala segunda, de 5 de abril de 1995 (RJ 2816): el promotor había contratado la póliza colectiva, cuya fotocopia entregaba a los adquirentes, dejando sin pagar luego las sobreprimas correspondientes a las pólizas individuales. Según el TS, la contratación de la póliza colectiva a favor de los adquirentes no hace nacer a favor de ellos ningún derecho, hasta que se realice la emisión de cada póliza individual. Se absuelve a la Compañía de Seguros del deber de pago de las restituciones a las que fue condenada por la sentencia de instancia, ya que no se habían emitido las correspondientes pólizas individuales y solamente se había percibido por el asegurador una prima provisional colectiva.

Para ejecutar la garantía será preciso aportar "documento fehaciente en el que se acredite la no iniciación de las obras o la entrega de las viviendas", unido al contrato de seguro o aval (art. 3.2 Ley 57/1968). La Orden de 29 de noviembre de 1968 ha desarrollado estos extremos. Así, para proceder contra el garante se exige que las cantidades entregadas a cuenta lo hayan sido mediante el ingreso en la cuenta especial y que se haya requerido de manera fehaciente al promotor, sin que éste haya devuelto las cantidades entregadas más los intereses establecidos (art. 4.f, números 1 y 2). De todo ello resulta que el beneficiario de la garantía tiene que probar, por cualesquiera medios de prueba, que el vendedor no ha cumplido y que se le ha reclamado la devolución (SAP Cáceres de 1 de febrero de 2000 [AC 776]).

Respecto de la prórroga[797], los adquirentes deberán cuidarse de conceder prórrogas al promotor sin contar con el consentimiento expreso del garante. En otro caso, la garantía se extinguiría, merced al artículo 1851 CC. Para evitar, éste y otros tipos de riesgos, el art. 4.g), de la Orden de 29 de noviembre de 1968 obliga a las entidades aseguradoras a renunciar, en sus condiciones generales, a la excepción de impago de la prima por parte del promotor, lo que puede ser de interés, en relación con este tema, cuando el vendedor no paga la prima exigida por la prórroga[798].

[797] Precisamente, el tema de la prórroga era de los que exigía una solución apremiante, y que sin embargo no ha encontrado respuesta en la DA 1ª LOE. El régimen vigente, así como las pólizas aseguradoras, contemplan y permiten que el adquirente conceda prórroga al promotor moroso. Pero no imponen las consecuencias de esa prórroga al asegurador o avalista, que podrán exonerarse de su garantía por el tiempo que exceda del plazo inicialmente convenido (art. 1851 CC y arts. 11 y 12 LCS). El sistema se evidencia como deficiente y escasamente considerado con las realidades del mercado y las necesidades de los adquirentes. Pues una tolerancia más o menos larga respecto de los plazos convenidos constituye el modo normal de proceder en estos casos. Pero con la legislación vigente, se pone al adquirente en la difícil tesitura de tener que reclamar inmediatamente la resolución del contrato y devolución de las cantidades entregadas, a riesgo de no poder proceder luego contra el garante, si, a pesar de la prórroga, el promotor finalmente no entrega la vivienda. En este sentido vid. CARRASCO PERERA, A. "Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en op. cit., pág. 477-478.

[798] Esperar por la entrega de llaves de una vivienda es una situación que, por desgracia, se repite con frecuencia en nuestro país, donde, de una muestra de 13.000 casas nuevas entregadas durante el año pasado, el 35,85% lo hizo fuera del plazo fijado de antemano por la promotora. Aunque no todas las entregas se demoran en el tiempo de igual forma –desde tan sólo unos días hasta más de un año de retraso–, la prórroga media es de 83 días. De ese 35,85% de viviendas entregadas fuera de plazo, el 9,45% excede la fecha en menos de un mes, mientras que el 18,78% lo hace entre uno y cuatro meses. Asimismo, el 0,57% se retrasa más de un año y el 4,11% lo hace entre seis meses y un año, en tanto que el 2,94% prorroga las llaves entre cuatro y seis meses. Los motivos que alegan los promotores son variados: falta de personal cualificado, problemas en el suministro de materiales, conflictos entre promotora y constructora e inclemencias meteorológicas son las causas más comunes (vid. Su vivienda-El Mundo, viernes 26 de abril de 2002, núm. 250).

G) Sanciones.

Si un comprador, tras haber adelantado ciertas cantidades al promotor a cuenta del precio, se enterara de que le asistía el derecho al aval o seguro y éstos no le fueron prestados, o bien la redacción del contrato no contiene los extremos que exige el art. 2 de la Ley 57/1968, o éstos no se incluyen en la publicidad de la promoción, no podría pedir la resolución especial del contrato conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968, puesto que este derecho queda restringido a dos únicos supuesto: a) que no se hayan iniciado en absoluto las obras al llegar la fecha pactada; y b) que no se haya terminado y entregado la vivienda en el plazo convenido.

De este modo, carece el comprador de la facultad de resolución especial como consecuencia del incumplimiento de cualquier otra obligación impuesta por la Ley al vendedor-promotor, pero también de la resolución del art. 1124 CC puesto que la obligación principal del vendedor-constructor no es garantizar las cantidades entregadas a cuenta, sino entregar el objeto vendido. En tal situación, sólo restaría al comprador intentar convencer al promotor de que ingrese las cantidades que él anticipó a través de la cuenta especial que debió abrir, con la tenue esperanza, caso de negarse, de denunciar la infracción legal confiando que se le imponga una multa.

El artículo 6 de la Ley 57/1968 preveía una doble sanción, administrativa y penal, para el promotor que incumpliera sus preceptos (apartado primero, con referencia a la Ley 49/1959, de 30 de abril, de Orden Público) o no devolviera las cantidades anticipadas (apartado segundo, con remisión al Código penal vigente en aquella época).

En cuanto a las sanciones administrativas, la letra d), de la Disposición Adicional Primera de la LOE, prevé[799] que "las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo 1º del art. 6 de la Ley 57/1968, se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 % de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada, o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas". En

[799] Alguna doctrina ha llamado la atención a los señores Diputados, que más preocupados por salvaguardar competencias autonómicas, han cometido el disparate de remitirse al derogado artículo 6 de la Ley 57/1968, esta derogación significa que la tipificación de la infracción por remisión a la Ley de 1968 queda absolutamente desprovista de sentido, por lo que, en rigor, puede decirse que no hay en la Disposición Adicional Primera de la LOE ninguna tipificación de hecho sancionable (vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1998", en *CCJC*, núm. 50, abril-agosto 1999, pág. 769).

este punto el art. 6 de la Ley 57/1968 fue derogado, ya hace unos cuantos años, por la Disposición derogatoria única del Código penal de 1995. Es por ello, que la remisión a la (inexistente y derogada por la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana) legislación de Orden público, deberá entenderse hecha a la regulación existente en Derecho administrativo sancionador en materia de consumo (art. 7 RD 515/1989), o de vivienda, según asignación competencial que corresponderá hacer a las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, si el constructor-promotor es solvente, garantizará las cantidades anticipadas o entregará la obra[800], pero si no lo es, ¿de qué puede servir la multa al adquirente sino para aumentar la insolvencia del promotor?

Sólo en vía penal[801] se han producido sentencias que sancionan a los constructores por la infracción del deber de garantizar y devolver las cantidades anticipadas por el comprador en los casos en que no se produzca la entrega de la vivienda. En este punto, el derogado artículo 6 de la Ley 57/1968, consideraba como reo del delito o falta de los artículos 535 y 587, respectivamente, del Código penal vigente en la época, "la no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de los dispuesto en el artículo primero de la presente Ley".

En la medida en que el propio artículo 6, de la Ley 57/1968, parecía remitir al delito de apropiación indebida, surgía la necesidad de saber si para la existencia del delito recogido en la Ley especial basta con la no devolución de las cantidades anticipadas unido al incumplimiento de las garantías y formalidades exigidas en el art. 1 (esto es, constitución de un contrato de seguro o aval bancario, y apertura de cuenta especial); o si por el contrario, además de todo ello, se precisaba, que concurrieran todos y cada uno de los requisitos propios del delito de apropiación indebida.

---

[800] La conducta del vendedor que no contrata seguro de caución como garantía de devolución de las cantidades anticipadas no tiene cabida en el artículo 636 del Código penal de 1995. Primero, porque este precepto únicamente tipifica como falta punible, la no concertación de los "seguros obligatorios de responsabilidad civil", cualidad que no cabe predicar del seguro de caución; y segundo, porque sólo forzando hasta términos inadmisibles el entendimiento de la Ley 57/1968 cabe estimar que el mencionado seguro de caución es obligatorio para el desempeño de la actividad de promoción inmobiliaria en la que se admiten pagos adelantados

[801] Son condenatorias, por no haber garantizado las cantidades anticipadas y no haberlas devuelto: las SSTS de la Sala Segunda, de 31 de enero de 1973 (RJ 343), 11 de octubre de 1973 (RJ 3673), 25 de marzo de 1974 (RJ 1468), 18 de abril de 1975 (RJ 1692), 27 de octubre de 1975 (RJ 4023), 16 de diciembre de 1976 (RJ 5356), 13 de abril de 1978 (RJ 1333), 29 de diciembre de 1978 (RJ 4401), 26 de diciembre de 1981 (RJ 5229), 23 de enero de 1984 (RJ 379), 22 de junio de 1984 (RJ 3603), 26 de febrero de 1985 (RJ 1543), 18 de marzo de 1985 (RJ 1660), 19 de octubre de 1990 (RJ 8187), 21 de marzo de 1992 (RJ 2444), 14 de febrero de 1994 (RJ 775), 5 de abril de 1995 (RJ 2816), 29 de abril de 1996 (RJ 4545), 1 de julio de 1997 (RJ 6007). 27 de noviembre de 1998 (RJ 9204).

La jurisprudencia española, mayoritariamente, siempre ha optado por la segunda opción. En este sentido, a título de ejemplo, vid. STS de 25 de abril de 1994, Sala de lo Penal, [RJ 3433], en ella se afirma que para que pueda construirse el delito que tipifica la Ley especial de 1968, es necesario que concurran todos los requisitos del delito de apropiación indebida, tipificados por el Código penal. De modo, que además de no devolver las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda y el incumplimiento de las garantías contempladas en el artículo 1 de la Ley, es requisito imprescindible la concurrencia de un ánimo de lucro y el consiguiente enriquecimiento ilícito producido por el ingreso en el propio patrimonio de las cantidades recibidas, distrayéndolas de su comprometido destino. Esto es, se exige una auténtica desviación de fondos, no castigándose el mero uso de las cantidades para fines propios de la construcción, es decir, no se considera un patrimonio estanco y absolutamente intangible, hasta que finaliza la construcción de viviendas, las sumas recibidas de los compradores a cuenta del precio total. Se puede concluir diciendo, que el simple incumplimiento de las formalidades exigidas por la Ley, no devienen, automáticamente, en la configuración de un ilícito apropiatorio.

Con la derogación del artículo 6 de la Ley 57/1968, por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ya no cabe duda que cualquier discusión sobre la posibilidad de que la Ley especial contenga una figura delictiva autónoma, ha desaparecido. Por ello, no deberá entenderse, hoy, que el promotor incurra en el delito de apropiación indebida del artículo 252 CP[802] de 1995 cuando no puede restituir las cantidades adelantadas. Sólo podría hablarse de delito cuando el promotor distraiga para fines propios las cantidades depositadas en la cuenta especial[803], pero no cuando las cantidades están aseguradas por aval o seguro de caución, y tampoco cuando, sin estar aseguradas el promotor no puede devolverlas ni entregar las viviendas, y no puede acreditarse que las cantidades fueron

[802] El artículo 252 CP establece que "serán castigados con las penas ..., los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en deposito, comisión o administración, o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de la apropiación exceda de ...".

[803] Sobre el delito de apropiación indebida como consecuencia de la disposición de fondos que entregan para la construcción, ver GONZÁLEZ CUSSAC, "Apropiación indebida y percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", en *RGD*, 1995, págs. 151 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., y VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996; BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

distraídas para otros fines. Y todavía esto es dudoso[804], pues el depósito en cuenta especial no es de los títulos a los que el art. 252 CP se refiere como productor de una obligación de entrega o devolución, ya que, por definición, el destino normal de ese precio pagado es ingresar de modo definitivo en el patrimonio del promotor. Si en la recepción de las cantidades a cuenta media engaño, el promotor incurrirá en delito de estafa[805] del artículo 248 CP. Sea como fuere, nos parece que la vía penal debe ser siempre un recurso extremo y último, siendo preferible estructurar, en el ámbito civil, garantías que protejan a los adquirentes y eviten el fraude.

H) Valoración de la regulación actual de la percepción de cantidades anticipadas durante la construcción de la vivienda.

Eran muchas las críticas que se venían vertiendo por la doctrina[806] sobre la Ley 57/1968. Una primera forma de valorar las modificaciones introducidas por la DA 1ª LOE, podría ser determinar si a través de estos parches legislativos, efectivamente, se han aclarado los puntos negros que presentaba la norma de 1968. Ojalá pudiéramos dar una respuesta afirmativa, sin embargo, no sucede así.

A las carencias, ya clásicas, denunciadas por los autores, tales como considerar que estábamos ante una norma que había preferido buscar las garantías en la interposición de un tercero más que en la exigencia de condiciones financieras consistentes a quienes se dedican a la promoción inmobiliaria, con lo que no se disminuye el riesgo de insolvencia, y si bien se traslada su riesgo a terceros, con ello, no se consigue el interés último del

---

[804] Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 387. En sentido correcto, la SAP Las Palmas de 16 de febrero de 1998 (ARP 733); CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en op. cit., págs. 498-499.

[805] De acuerdo con el art. 248 CP, "cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno...". Sobre este tema vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, A, *Transmisiones de bienes fraudulentas (aspectos civiles y penales de la estafa impropia*), Colex, Madrid, 1998.

[806] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal", en *Curso de conferencias sobre la propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Centro de Estudios Hipotecarios, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1973, págs. 84-88. SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J., y GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores", en *RDN*, abril-junio 1976, págs. 151-154; MUÑOZ DE DIOS, G., "El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas", en *RDP*, 1981, págs. 1067 y ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, págs. 24 y ss. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 375. CHAMORRO POSADA, M., "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 182, diciembre 2000, págs. 149-165.

adquirente, que es el de disponer de una vivienda. Tampoco se exigía que el promotor hubiera otorgado el título de división horizontal antes de proceder a la venta. Ni se garantizaban los derechos que los adquirentes en documento privado puedan ostentar en el futuro otorgamiento del título de división horizontal. Además, al no exigirse escritura pública del contrato, se priva al adquirente de la eventual protección registral. Tampoco ofrecía la Ley protección al adquirente consumidor que en lugar de anticipar fondos, hubiera otorgado un contrato de permuta de su solar por viviendas futuras, y cuya restitución no quedaría garantizada con los mecanismos previstos en la Ley 57/1968. Igualmente, la protección contemplada por la norma no se extendía a la entrega de la vivienda con defectos o con gravámenes jurídicos.

A las insuficiencias denunciadas, unimos, las siguientes:

Conviene destacar la ausencia, en la Ley de referencia, de un precepto que sancione el retraso y obligue a indemnizar al comprador por los perjuicios que se le irroguen sin resolver el contrato, o que permita a los compradores, caso de incumplimiento de la obligación de construir por el vendedor-promotor, contratar a un tercero que continúe las obras interrumpidas, para lo que se les podría haber permitido disponer, con tal fin, de las cantidades por ellos anticipadas.

La garantía establecida por la Ley debería asegurar no sólo la devolución de las cantidades, como ocurre en la redacción actual, sino también la titularidad pública a favor del comprador, no debiendo extinguirse hasta que se inscriba en el Registro de la Propiedad, y sin que existan otras cargas o gravámenes que los previstos (sin embargo, se extinguen al expedirse la cédula de habitabilidad y entregarse las viviendas *ex.* art. 4 Ley 57/1968). Es cierto que se le dejan a salvo ”los demás derechos que puedan corresponder al cesionario conforme a la legislación vigente” (art. 3), pero, también lo es, que esos derechos no están suficientemente garantizados. De poco sirve al comprador tener derecho a la indemnización por el total de los daños y perjuicios que se le causen como consecuencia del incumplimiento contractual del promotor, si la enorme mayoría de las empresas constructoras, que crean problemas en la práctica, son sociedades mercantiles creadas con el único fin de limitar la responsabilidad del constructor-promotor, carentes, casi siempre, de la solvencia precisa para afrontar todas las responsabilidades que puedan generarse a consecuencia de la obra.

Tampoco tendrá lugar la resolución contractual en el caso de que se hubiera empezado a construir, pero, la obra no hubiera avanzado en consonancia con los pagos a realizar por el adquirente, sino que será preciso esperar al advenimiento de la fecha pactada para la entrega y que se incumpla este término. Podría la Ley haber ampliado los supuestos de suspensión de pago del precio que contempla el art. 1502 CC, permitiendo al comprador[807] cesar en los pagos prometidos si la obra no avanza conforme a lo pactado, pero, no ha sido así, y tampoco parece que la interpretación que los tribunales vienen haciendo del derecho de resolución tienda a su ampliación[808].

La facultad especial de resolver puede interesar al comprador cuando el comienzo de la obra se retrasa, de modo que, siendo corto el lapso de tiempo transcurrido entre la formalización del contrato de compraventa y el incumplimiento ocasionado por la demora, pueda ser más satisfactorio para el adquirente no seguir pagando los anticipos prometidos, al liberarse del vínculo contractual, que mantenerlo concediendo nuevo plazo. En estas condiciones, la restitución del precio adelantado se incrementara en un 6 % (si se adquirió antes de la LOE), al precio actual del dinero podía ser una opción interesante, aunque tal posibilidad se aleja tras la reforma por la DA 1ª LOE, que lo rebaja al interés legal del dinero.

---

[807] Sobre este tema vid. BUSTOS VALDIVIA, I., *La suspensión del pago del precio en la compraventa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1 999.

[808] En cuanto a la posibilidad de permitir la resolución por incumplimiento anticipado, es decir, antes del plazo pactado para la entrega de la obra, en el caso de que fuera evidente que el deudor no puede o no va a cumplir en el momento pactado para ello, estos supuestos no se suelen plantear con frecuencia ante los tribunales, o más bien, no tanto como casos de incumplimiento anticipado, es decir, los tribunales atienden a otras circunstancias a la hora de admitir la resolución (como la existencia de una imposibilidad de cumplir), o simplemente consideran vencido el tiempo de cumplimiento cuando éste queda, en cierta manera, indeterminado; partiéndose en todo caso, de un incumplimiento actual (en muchas ocasiones, además, esta circunstancia se incluye en el contrato como condición resolutoria expresa). De ahí que sea conveniente la concurrencia de otras circunstancias (como la precariedad económica del deudor, o claramente cuando se enajena el inmueble a un tercero), para que pueda proceder la "resolución anticipada". En nuestro Derecho este tema plantea problemas, sin perjuicio de su reconocimiento expreso en el artículo 1503 CC, o de la posibilidad de vencimiento anticipado conforme al artículo 1129 CC. Considera CLEMENTE MEORO (vid. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992, págs. 215-218), que igual que la imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación extingue la relación obligatoria de manera automática, sin necesidad de instar la resolución y sin necesidad de que venza la obligación, por la misma razón, debería admitirse la inmediata resolución cuando el deudor lleve a cabo un acto que haga imposible el futuro cumplimiento. Si el deudor, por un acto de carácter material, como puede ser la destrucción, o completa transformación de la cosa específica debida, o por un acto de naturaleza jurídica, como la enajenación de la cosa específica debida, se pone en situación de no poder cumplir, no tiene porque esperar el acreedor al vencimiento de la obligación del deudor para instar la resolución. Si bien, nuestro sistema no admite la resolución anticipada, anterior al vencimiento, con carácter general. A favor de su admisión en nuestro Ordenamiento PANTALEÓN PRIETO, F., "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1993, págs. 1727 y 1736.

Sin embargo, todavía es más difícil que la resolución del contrato pueda ser un instrumento de garantía satisfactorio para el comprador que, después de haber financiado toda la obra (salvo el pago final que realiza a la entrega de la misma), sacrificándose durante varios meses o años para adquirir la propiedad de una vivienda, se encuentra con que el retraso en la entrega le otorga la facultad de elegir entre resolver el contrato y obtener la simple devolución de lo aportado con el interés legal que corresponda, u otorgar un nuevo plazo al constructor. No sólo es escaso el interés devengado, sino que como el aumento de precios en el sector de la construcción es normalmente mayor, la adquisición de una vivienda similar a la que tiene comprometida le resultará bastante más cara y, probablemente, el constructor que incumplió se frotaría las manos al ser requerido de resolución porque, al quedar libre, podrá vender el piso por un precio superior. Pero si, a pesar de todo, interesara al comprador la resolución, ésta no se producirá como consecuencia del vencimiento del plazo sin que se verifique la entrega, ya que, no sólo deberá ser declarado resuelto el vínculo contractual por los tribunales a instancia del comprador, sino que conforme la STS de 9 de junio de 1986 (RJ 3298) para que tenga lugar la resolución por aplicación de la Ley 57/1968, es precisa "la total o práctica inexistencia de la vivienda", no bastando que estuviera falta de detalles al vencimiento del plazo de entrega, obteniéndose la cedula de habitabilidad "poco después" (el plazo de entrega, en el caso concreto, era el 30 de mayo de 1981 y se concluyó la obra en septiembre de 1982, expidiéndose la cédula en octubre de 1982).

La valoración que nos merece la DA 1ª LOE no es positiva. La rehabilitación de la Ley 57/1968, no excesivamente cumplida en la práctica[809], no puede ser realizada por la simple remisión a ella, como hace la Ley 42/1998, o por la introducción en ella de leves e innecesarios retoques, como hace la LOE. La finalidad que trata de satisfacer la Ley de 27 de julio de 1968, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas es digna de elogio, tanto en el momento de su promulgación como hoy, pero su plasmación en el texto normativo de la LOE es susceptible de mejora. Lo deseable sería acometer una reforma profunda de esa Ley, que adecuara sus términos a la realidad social

[809] Sólo el 50 % de las promociones de vivienda que se ejecuta en España y para las que se solicita a los compradores dinero a cuenta cumple con la obligación legal de asegurar las cantidades entregadas, según datos facilitados por el gerente de ACC Seguros, compañía española especializada en pólizas de caución. Entre las causas del bajo cumplimiento de la normativa sobre contratación del seguro se encuentran la baja presión sancionadora para los que incumplen este precepto. A lo que hay que agregar el desconocimiento de los compradores sobre sus derechos y, en menor medida, el de algunos pequeños promotores que operan de forma esporádica en el sector. Vid. http://www.el-mundo.es/suvivienda/2002/248/1018612693.html.

actual y aclarara muchos de sus extremos jurisprudencial y doctrinalmente controvertidos. Por otra parte, debería establecerse un mecanismo que asegurase la constitución de los avales o seguros mencionados, pues hay que desconfiar de que los promotores los realicen, sino existe algún mecanismo que controle el cumplimiento de esta obligación. Muestra de ello es el hecho de que, el propio legislador, desconfiando de que los promotores y demás agentes de la edificación suscriban los seguros obligatorios del art. 19 LOE, en garantía del resarcimiento por vicios constructivos, dispone de otras medidas complementarias y muy distintas de las previstas en la Ley 57/1968 y en la DA 1ª LOE que, a buen seguro darán más seguridad a los adquirentes. Así en el art. 20.1 LOE se prohíbe a los registradores inscribir las escrituras de declaración de obra nueva, si en ellas no se acredita y testimonia, la constitución de los seguros reseñados en el art. 19, lo que parece una buena medida dado que, terminada la obra, el promotor suele tener interés en otorgar la escritura pública de venta, pues de ello suele depender el cobro de buena parte del precio.

III.- SITUACIÓN DEL COMPRADOR TRAS LA ENTREGA DE LA VIVIENDA.

1.- CONCURRENCIA DE REGÍMENES APLICABLES ANTES DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN.

La primera frustración que padecen muchos consumidores con su vivienda es que ésta no responde a las expectativas que se han generado en base a la información facilitada en la publicidad o en la promoción, el contrato, las visitas al piso piloto, etc., y en cuanto toman posesión de ella, la calidad esperada queda muy por debajo de lo previsto. Si bien es cierto que, en caso de poder probarse, se tratará de situaciones claras de incumplimiento contractual, la verdad es que la falta de concreción de la que adolecen, de forma generalizada, las memorias de calidades que se entregan –en los casos en que así ocurre-, con referencia continúa a términos vagos y genéricos como “primeras calidades, lujo, materiales homologados”, y el excesivo recurso a los “similares”, facilita y favorece el engaño al consumidor y dificulta la exigencia de un determinado nivel de calidad. Asimismo, el escaso e incompleto[810], cuando no nulo, cumplimiento del RD 515/1989 sobre información a suministrar al consumidor en la compraventa de viviendas, incrementa la indefensión del mismo.

[810] Vid. MERCHÁN GABALDÓN, F., *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación*, CIE DOSSAT 2000, Madrid, 2000, pág. 54.

Ciertamente resulta llamativo y, sobre todo, preocupante, que el gran esfuerzo económico de muchos ciudadanos que pagan, con endeudamientos de por vida, cifras desorbitantes por acceder a un bien básico, como es la vivienda, no se vea siempre compensado con su disfrute pacífico por carecer aquélla de una calidad adecuada, y en demasiadas ocasiones, aquéllos tengan que destinar un tiempo y un dinero adicional para buscar, exigir y reclamar responsabilidades en largos y costosos procedimientos judiciales tras los cuales, no siempre obtienen la compensación correspondiente. La inexistencia de unas garantías eficaces y suficientes sobre este preciado bien, que permitan a los consumidores obtener una reparación, restitución o compensación económica inmediata, ante la inadecuación de calidad y los vicios o defectos de la construcción y el hecho de que no se hayan extendido, en este sector, cauces alternativos a la vía judicial para resolver con mayor agilidad y economía las múltiples reclamaciones que se derivan del particular, contribuyen a consolidar el carácter "problemático" del sector de la vivienda y a mantener una percepción generalizada, de que el consumidor padece de un alto grado de indefensión y desprotección, ante la inversión más relevante de su vida.

En nuestro Ordenamiento existe un régimen jurídico que regula el denominado "incumplimiento contractual", en sentido estricto: es el artículo 1101 CC que constituye la base legal de la llamada responsabilidad contractual, o de la más genérica responsabilidad obligacional, pues determina la obligación de resarcir los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de toda clase de obligaciones previamente constituidas, tanto se deriven del contrato, de la Ley, como del cuasi contrato. El precepto mencionado, hay que completarlo con otros del Código civil, ya que en el mismo, sólo se contiene uno, de los múltiples efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Así, también deben tenerse en cuenta el artículo 1096 CC, que regula la acción de cumplimiento forzoso en las obligaciones de dar, y el artículo 1124 CC, que reconoce la acción resolutoria en caso de incumplimiento de las obligaciones bilaterales o recíprocas, contemplando el párrafo segundo del mismo, cómo operan las acciones de cumplimiento y la resolutoria (alternatividad e *ius variandi)* y la indemnizatoria (posible acumulación).

Sin embargo, no existe una regulación específica del cumplimiento defectuoso como categoría[811]. Sí podemos encontrar diversas normas, en sede de contratos típicos, que

[811] MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, propone incluir los supuestos de cumplimiento defectuoso como una de las causas de responsabilidad contractual, aplicándole el régimen general del artículo 1101 CC. Entendiendo que debe incluirse en el ámbito de este precepto a través del último inciso, la

contemplan supuestos de realización defectuosa de la prestación, pero que, al menos en principio, sólo se aplican a estos contratos: en el régimen de la compraventa encontramos las normas sobre vicios (acciones edilicias) y el régimen previsto para los excesos y defectos de cabida en la compraventa de inmuebles; y en el caso del arrendamiento de obra, la responsabilidad por vicios que supongan la ruina (art. 1591 CC)[812]. Fuera de estas normas y las reglas que imponen la identidad e integridad en el pago, no existe una regulación general y por ello es necesario analizar cuáles son las distintas vías a las que puede acudir el perjudicado, en estos casos[813].

En el caso de contratos sobre viviendas las consecuencias de la existencia de vicios o defectos en el inmueble adquieren matices propios, ya que debemos coordinar la aplicación de diversas normas y regímenes jurídicos: no sólo debemos discernir entre la aplicación de las normas generales de incumplimiento (arts. 1101 y 1124 CC) o régimen previsto para los vicios en la compraventa, y en su caso la existencia de error, sino que, cuando el defecto afecte a los inmuebles pactados como contraprestación, habrá que considerar la aplicación de las normas del Código civil sobre ruina (art. 1591) y las normas de responsabilidad establecidas en la Ley de ordenación de la edificación.

A) Cuadro de acciones protectoras del adquirente de una vivienda defectuosa.

Ante la adquisición de un inmueble defectuoso, el panorama que se le abre al comprador-adquirente, es una verdadera confusión. Cuando en la vivienda comprada y entregada, se descubren defectos, de tal modo que el comprador resulta insatisfecho por

---

contravención de la obligación ("... de cualquier otro modo contravinieren el tenor de aquélla"). De este modo, se consigue una regulación general del cumplimiento defectuoso, porque el reenvío a la resolución tampoco soluciona todos los problemas, en primer lugar, porque para obtener la resolución no es suficiente cualquier incumplimiento, sino que, como veremos, es necesario un incumplimiento de entidad suficiente y además, el ámbito del los arts. 1101 y siguientes, es más amplio, puesto que engloba tanto obligaciones sinalagmáticas como unilaterales. Vid. "Cumplimiento defectuoso de la prestación", en *RCDI*, núm. 517, 1976, págs. 1375-1395.

[812] También los vicios en el contrato de arrendamiento (arts. 1553 y ss. CC) y los menoscabos de la cosa en el comodato (art. 1746 CC). Fuera del Código, destaca la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos de 6 de julio de 1994, que establece la responsabilidad en caso de cumplimiento defectuoso, y la actual Ley 23/2003, de 10 de julio (BOE 11 de julio), de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

[813] El único mecanismo general previsto para estos casos es la *exceptio non rite adimpleti contractus*, que simplemente permite al contratante que ha recibido la prestación defectuosa oponer esta excepción para enervar la pretensión de cumplimiento o pago de la contraprestación, hasta que los defectos hayan sido corregidos, pero no permite al perjudicado reclamar las consecuencias del cumplimiento defectuoso. Respecto a la suspensión del pago del precio del comprador, en los supuestos de cumplimiento defectuoso del vendedor, o defectos en la cosa vendida, vid. BUSTOS VALDIVIA, I., *La suspensión del pago del precio en la compraventa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1 999, págs. 64-67- y 72-82.

ver impedida o limitada la utilidad de la misma, éste se encuentra ante un cuadro indeterminado de acciones: las acciones que surgen del error, en la medida en que los vicios o defectos de la cosa vendida pueden ser valorados como un desconocimiento por el comprador de la verdadera sustancia de la cosa, que se suponía carente de vicio, lo que daría lugar a la anulabilidad del contrato, si se tratase de cualidad sustancial; tales vicios también pueden ser tomados en consideración como un defecto en el objeto del contrato, que, en vez de ser idóneo al uso normal de la cosa, no lo es, apareciendo, entonces, como un cumplimiento defectuoso (que podría dar lugar tanto a la acción de cumplimiento o eliminación del vicio como a la resolutoria); incluso, cabe pensar, que la cosa afecta de un vicio oculto es otra cosa distinta de la que debería ser entregada (*aliud pro alio*), por lo que tampoco puede considerarse como verdadero cumplimiento que obligue al comprador a recibirla, pudiendo, por el contrario, rechazarla por falta de identidad; y más específicamente, si aplicamos la normativa concreta del contrato de compraventa, nos encontraríamos ante un vicio oculto cubierto por la garantía y obligación de saneamiento a cargo del vendedor. Finalmente, dado que se trata de un inmueble, y el vendedor es (por sí o mediante la colaboración de terceros) el constructor, se plantea la cuestión de la coexistencia con las acciones propias del contrato de obra.

a) El alcance de las acciones edilicias, como medida específica, ante la adquisición de una vivienda defectuosa. Su insuficiencia.

Si fuera cierto que un mismo hecho (compraventa de vivienda defectuosa), pudiera integrar el presupuesto de acciones tan diferentes (nulidad, generales de incumplimiento, edilicias y responsabilidad por ruina), habría que acudir, en buena técnica jurídica, como acertadamente manifiesta PASQUAU LIAÑO[814], al principio de especialidad que preferiría la aplicación de la norma que contemplase "más de cerca" el supuesto. En nuestro Derecho, esta norma serían los artículos 1486 y siguientes del Código civil.

Sin embargo, intentar canalizar las demandas por defectos en una vivienda recién construida, utilizando las acciones edilicias presenta numerosas dificultades[815]. El sistema

[814] Vid. PASQUAU LIAÑO, M., "La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", en *Act. Civil*, 1990-2, marginal XXIX, pág. 421.

[815] Sobre esta cuestión vid. FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, págs. 117-162; y ESPÍN CANOVAS, D., "Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales", en *RGLJ*, 1967, págs. 913-940.

civil del saneamiento por defectos ocultos de las cosas vendidas estuvo, inicialmente, proyectado para el pacífico desarrollo del mercado existente en la vieja *civitas* romana[816], gobernado por los ediles curules y dedicado al intercambio de los productos elementales de la agricultura o de animales. Este mismo sistema se intenta aplicar, hoy en día, a la venta de pisos recién construidos o a la venta de maquinaria muy compleja. Y la verdad es que funciona muy mal. El plazo de seis meses de las acciones edilicias cuadra bien con un comercio rápido de bienes inmediatamente consumibles, pero mal en las cosas duraderas. También hay que tener en cuenta que tales acciones no contemplan la reparación o sustitución del objeto comprado (permitiendo sólo la devolución o reducción del precio y la indemnización cuando se pruebe la mala fe del vendedor). Estos hechos explican la incertidumbre, confusión o balanceo que la jurisprudencia[817], ante tales hipótesis, ha experimentado entre las típicas acciones pretorias, la anulabilidad por error y la resolución por el juego del artículo 1124 CC.

Ello ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia se hayan esforzado en encontrar soluciones que excluyan la aplicación del principio de especialidad. A nivel doctrinal, cabe destacar dos formas de intentar una discriminación[818] de supuestos que permitiese eludir, en determinados casos, la estrechez de la normativa edilicia.

---

[816] La obligación de garantizar la posesión útil de la cosa vendida constituye un elemento natural del contrato de compraventa que, por tanto, existe en la misma, salvo que las partes, por mutua voluntad lo hayan excluido (*cfr*. art. 1485.2 CC). Para llegar a esta conceptuación ha sido preciso una evolución en su naturaleza jurídica. Primeramente, no existía a favor del comprador ningún derecho a repetir por la existencia de vicios. La responsabilidad del vendedor por vicios sólo aparecía en tres casos: cuando el vendedor había garantizado expresamente que la cosa estaba exenta de vicio (*dicta et promissa in vendendo*, pero no *in mancipando*); cuando había ocultado los defectos dolosamente y cuando había asumido la obligación de garantía mediante la *stipulatio*, apareciendo en este último caso como un elemento accidental del contrato. La segunda fase se caracteriza por la admisión, como natural, de este elemento en las ventas de esclavos y bestias de carga hechas en los mercados. Con el fin de evitar los fraudes que con tal motivo se realizaban, los ediles curules –encargados de la policía de aquéllos-, establecieron la necesidad de manifestar los vicios, y en caso negativo, concedían dos acciones: la *actio redhibitoria* y la *quanti minoris*. Finalmente, se verifica una extensión de esta necesidad a la compraventa en general; hecho que se desarrolló plenamente ya en la época de Justiniano. Hoy día, como decimos, aparece como elemento natural de la compraventa, igual que la obligación de garantizar la posesión pacífica de la cosa. Vid. GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, op. cit., págs. 326-327. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, *Contratos en particular*, 2ª ed., Bosch, Barcelona,1982, págs. 194 y ss.

[817] En este sentido DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, Madrid, 1979, págs. 91-93, citado por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos (comentario a la STS de 9 marzo de 1981)", en *ADC*, 1982, pág. 882; también JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 66 y ss.

[818] En este sentido, de nuevo, vid. PASQUAU LIAÑO, M., "La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", en op. cit., pág. 421.

a´) El criterio que atiende a que se trate de una venta de cosa específica o cosa genérica.

Un camino para superar las limitaciones de las acciones específicas cuando la cosa adolece de algún defecto o vicio oculto, ha sido establecer una distinción entre dos tipos de compraventa: la compraventa de cosa específica y determinada, a la que se aplicaría siempre la normativa edilicia, y la compraventa de cosa genérica, no regulada por la misma[819]. Siguiendo esta línea argumental, nos encontramos con lo siguiente:

La compraventa de cosa específica es la que, principalmente, estaba en la mente del legislador. En relación a ella, el consentimiento recae sobre una cosa determinada en su individualidad, comprometiéndose el vendedor a entregar esa cosa y no otra, "en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 1468 CC)[820]", por lo que un defecto oculto no puede conceptuarse, en estos casos, como un incumplimiento. Las acciones edilicias no constituyen una reacción ante una conducta incumplidora del vendedor, sino que procuran una distribución del riesgo, una garantía concedida al comprador para el caso de que el precio no se corresponda con la utilidad esperable de la cosa. El descubrimiento del vicio permite al comprador deshacer el contrato (acción redhibitoria) o reducir el precio pactado, según peritos (acción estimatoria). El plazo de ejercicio de estas acciones es breve: seis meses contados desde la entrega de la cosa (art. 1490 CC); entrega que se entiende referida a la material y plazo de ejercicio que mayoritariamente se califica de caducidad. La brevedad de este plazo suele justificarse en que el régimen del saneamiento por vicios ocultos opera incluso si el vendedor ignoró los vicios (art. 1485-1). El Código civil sólo toma en cuenta la buena o mala fe del vendedor al objeto de decidir la validez o invalidez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad (art. 1485.2 CC), y la procedencia o improcedencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios (art.

[819] Establecen tales diferencias BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", en *ADC*, 1969, págs. 777 y ss; MORALES MORENO, "El alcance protector de las acciones edilicias", en *ADC*, 1980, pág. 592; ORTI VALLEJO, A., *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*, Granada, 1987, pág. 25; PASQUAU LIAÑO, M., "La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente...", en op. cit., págs. 421-422; también PRATS ALBENTOSA, L., "La entrega de cosa diversa a la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio...", en op. cit., pág. 5104;. LLÁCER MATACÁS, M.ª R., *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza* jurídica, Barcelona, 1992, pág. 157. También DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "Crónica jurisprudencial sobre las acciones edilicias", en *RdP*, núm. 5, 2000, pág. 487.

[820] Los posibles vicios de los que responde el vendedor son aquellos que sean preexistentes al tiempo de la conclusión del contrato, sin que sea obstáculo el que el vicio pueda manifestarse con posterioridad a la celebración, pues los que surjan entre el momento de la perfección y el de la entrega, entrarían dentro de la teoría de los riesgos, o de la responsabilidad por incumplimiento del deber de custodia.

1486.2 CC); en particular, en el caso de pérdida de la cosa, tanto por efecto de los vicios ocultos (art. 1487), como por caso fortuito o por culpa del comprador (art. 1488).

La compraventa de cosa genérica, es decir, aquélla en que la cosa comprada queda descrita y determinada por su pertenencia a un género, es la modalidad más frecuente en la actualidad, por cuanto engloba la venta de productos fabricados en serie. En relación a este tipo, todo defecto supone un defecto de conformidad: la cosa defectuosa es distinta a la que el vendedor se comprometió a entregar. El consentimiento recayó sobre un conjunto de cualidades (las que definen el género), y por lo tanto, el vendedor ha entregado una cosa por otra, incumpliendo su obligación de entregar una cosa conforme a la pactada, y por ello no son adecuadas las acciones edilicias, sino las generales de incumplimiento, que, ahora sí, permiten la sustitución, reparación o la resolución, siempre, en este último caso, que el incumplimiento haya sido lo suficientemente grave, atendiendo a la economía del contrato (art. 1124.2 CC). Con carácter acumulativo, si ha habido daños, podrá exigir la oportuna indemnización. Estas acciones, por no tener señalado un plazo especial, tienen el de quince años (art. 1964 CC), siendo el plazo de prescripción.

Si se compara el régimen de la compraventa genérica con el de la específica se observarán importantes diferencias. En primer lugar, destacan los plazos de ejercicio de las acciones (seis meses/quince años), lo que se acentúa si tenemos presente que uno se califica de caducidad y el otro de prescripción. En segundo lugar, los resultados prácticos que se pueden obtener con los remedios propios de cada modelo de compraventa, en parte coinciden y en parte difieren. Centrándonos sólo en los remedios directamente conectados con el objeto del contrato, el comprador puede, en ambos casos, desvincularse de la compraventa (redhibitoria/resolutoria). En cambio, si en la compraventa genérica puede pedir que el vendedor le entregue otra cosa que se ajuste a las cualidades del género, en la específica, si sigue interesado en la cosa que ya sabe que es defectuosa, deberá conformarse con ella, pudiendo pedir una rebaja del precio. Aparte, la doctrina suele destacar que el comprador no puede exigir en la compraventa específica la reparación del defecto (pura obligación de dar del vendedor).

A propósito de la aplicación que el Tribunal Supremo[821] ha hecho de las acciones generales de incumplimiento a las adquisiciones de pisos, locales y plazas de garaje,

[821] En la STS de 26 de octubre de 1990 (RJ 8052), el litigio trató de la entrega de una plaza de garaje que carecía de acceso por el desplazamiento de un pilar del lugar en que estaba en el proyecto. El TS estimó

algunos autores destacan, cómo tales bienes pueden ser objeto de una obligación de género limitado. Es el caso de ORTI VALLEJO[822] quien afirma el carácter de obligación de género limitado, que tiene la del vendedor de un piso, local o plaza de garaje, cuando el mismo posee la condición de promotor. En cambio, si el vendedor es un particular, la compraventa celebrada tiene carácter específico.

No nos parece acertado generalizar la calificación de obligación de género limitado a todas las adquisiciones de pisos y locales de negocio, cuando el vendedor es también promotor[823] . No negamos la posibilidad teórica de que tal modelo pueda pactarse, pero esto pertenece a la autonomía de la voluntad. Son los contratantes los que libremente decidirán, si configuran la obligación del vendedor como específica o de género limitado. Es más, tal y como actualmente opera el tráfico de las compraventas de pisos y locales de

---

la acción de cumplimiento (sustitución) ejercitada por el comprador, y, recogiendo lo afirmado por el Juez de instancia, señaló que las adquisiciones de inmuebles sobre plano son prestaciones de carácter genérico: " (...) con el sistema actual de construcción, en el que suele venderse los inmuebles a edificar sobre plano, ya que todas las unidades, cada una dentro de su clase (pisos y locales) no ofrecen ninguna diferenciación, entrando, prácticamente, en el ámbito de las prestaciones genéricas". En cambio, las SSTS de 3 de marzo de 1979 (RJ 1184) y 24 de septiembre de 1986 (RJ 4787), señalan el carácter específico de la obligación del vendedor, en ambas se trata de la adquisición de una plaza de garaje, cuyas dimensiones físicas no permitían el estacionamiento de un vehículo automóvil medio: "para dilucidar el problema que plantea el recurso es necesario precisar el tipo concreto de relación jurídica que surge en estos casos de venta de un piso en régimen de propiedad horizontal con derecho a una plaza de garaje, así como los remedios a aplicar cuando, como sucede en este caso, en el momento de la entrega resulta que dicha plaza carece de las condiciones adecuadas para ello, con la inevitable repercusión en los plazos prescriptivos de la acción a ejercitar por el comprador perjudicado; siendo de observar, ante todo, que se está en presencia de una venta de cosa no genérica, sino específica, cual es el piso concreto que se determina en el contrato, especificidad que no se altera por el hecho de que como anejo figure una plaza de garaje, de la que solo se precisa que estará ubicada en el semisótano de la casa (cdo. 2º, de la STS de 3 de marzo de 1979 [RJ 1184])". Respecto de la STS de 24 de septiembre de 1986, BERCOVITZ, señala la posibilidad de que la obligación del vendedor fuera de género limitado, y no específica, como afirmó el Tribunal Supremo, lo cual hubiera permitido justificar la solución que el Alto tribunal dio (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a la STS 24 de septiembre de 1986", en *CCJC*, núm. 12, 1986, pág. 4003).

[822] Lo justifica de la siguiente manera: "¿Cuáles son las razones por las que es asimilable la venta de viviendas realizadas por el promotor a la venta de géneros? El promotor inmobiliario ofrece los pisos y locales al adquirente como cosas pertenecientes a un conjunto constituido por el edificio, o sea, se trata normalmente de un *genus limitatum*. Ciertamente, en el momento de la venta la cosa se específica, pero no se presta el consentimiento sobre la cosa misma, sino en función de los caracteres y cualidades del tipo o género (edificio) al que pertenece la cosa. Más clara y evidente resulta esa identidad con la venta de cosa genérica en los casos de compraventa de un piso en construcción o cuando todavía no ha empezado la construcción. En estos casos, como ocurre en la venta de género pura, ni siquiera la cosa está especificada en el momento del contrato". (vid. *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*, Granada, 1987, págs. 166 a 168). Adviértase que la calificación de obligación como de género limitado es lo que justifica, para el autor, la aplicación de las acciones generales de incumplimiento de los artículos 1101 y ss. CC. También PASQUAU LIAÑO, considera que la venta de un piso a estrenar puede clasificarse como venta de cosa genérica, pero al tratarse de una edificación, el Código ha querido que el "riesgo especifico" que supone la ruina se reparta, objetivando la responsabilidad del constructor, pero limitándola en el tiempo a diez años (salvo culpa probada o incumplimiento de cláusulas contractuales expresas); vid. "La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente...", en op. cit., pág. 423.

[823] En este sentido FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento..*, op. cit., págs. 237-238.

comercio, será frecuente que se celebren compraventas en las que la obligación del vendedor sea específica, y no de género limitado. No es indiferente, por ejemplo, que el piso tenga una orientación determinada, o que sea un primero o un cuarto, etc. (*cfr*. artículo 5 LPH). Ahora bien, también somos conscientes de que, si por cualquier motivo el vendedor no puede entregar el piso en las condiciones pactadas, pero puede y quiere ofrecer otro de similares o mejores condiciones, sin que ello repercuta sustancialmente en el precio e interés del comprador, éste puede estar dispuesto a novar el contrato cambiando su objeto. Estadísticamente ello será lo más normal, cuando el enajenante es un promotor y el adquirente un particular, que económicamente no pueda permitirse el costo de un pleito contra su vendedor. En cuanto a las adquisiciones de plaza de garaje en régimen de propiedad horizontal es también la voluntad común de las partes la que configura la obligación del vendedor como específica o genérica. Al margen de esto, hay que reconocer, que el objeto de este tipo de tráfico, parece tener, a efectos prácticos, un carácter más fungible, que el de los pisos y locales de comercio.

b´) Vicio y defecto de calidad. El criterio de la insatisfacción del interés del acreedor.

Como segundo camino para superar las acciones edilicias, se ha intentado trazar una distinción entre diversos tipos de defectos[824], de suerte que, aquéllos que determinan una calidad distinta o un *aliud pro alio*, constituirían un caso de incumplimiento de la obligación de conformidad; mientras que otros (deterioros, imperfección, adulteración, etc.), serían vicios estrictamente redhibitorios que abrirían la vía de las acciones edilicias.

Así, cuando los defectos de la cosa entregada son tales, que determinan la inutilidad o ineptitud total de la misma para el uso a que tenía que ser destinada y, por ende, la

[824] El presupuesto de ejercicio de las acciones edilicias es, la mera existencia de un vicio oculto en la cosa vendida específica. De este concepto se ocupa el articulo 1484 CC. La idea de vicio, evoca, un estado peyorativo (*peius*) del objeto, si bien esa idea se puede construir de dos formas: si se acoge el sentido vulgar, el vicio consiste en un estado defectuoso del objeto (enfermedad, avería, tacha), en comparación con el estado normal del mismo o de los de su misma clase o calidad. El vicio implica un estado anómalo de ese objeto que puede ser o no congénito, sanable o no sanable. Traspasando los límites estrictos del concepto anterior, el vicio se puede concebir además como la carencia de cualidades presupuestadas en la cosa por el contrato. En la doctrina, hay autores como BADENES GASSET, que opten por dar un concepto de vicio según el primer criterio, considerándolo como una anomalía que no se confunde con la pertenencia a un género diverso o a una especie diversa de la pactada, ni con el concepto de cualidad diversa de aquella expresa o implícitamente convenida. Así, entregar un mulo en vez de un caballo, un caballo de tiro en lugar de uno de carreras, una pieza de tejido de algodón en vez de una pieza de tejido de lana, una maquina de una potencialidad A, en lugar de una máquina de potencialidad B, no quiere decir prestar una cosa viciada, en el sentido del art. 1484 CC. Faltará, en tales casos, a la obligación cumplida por el vendedor el requisito de la identidad del cumplimiento, y se estará en el caso de las acciones generales de la compraventa. Aunque la cuestión ofrece mayor dificultad, la falta de calidad no es equiparable al vicio, en relación con el saneamiento; como dice el propio autor, entregar un reloj de calidad inferior, por ser de material ordinario, no quiere decir prestar una cosa viciada, aunque el reloj de aquellas cualidades pueda tener una duración menor en relación con otros tipos o ser menos preciso al marcar el tiempo. Para cada tipo de cosa, las cualidades o calidades esenciales son taxativas, positivas, mientras que los vicios son innumerables, y por ello, pueden solamente delimitarse negativamente. Vicio será todo defecto que no supone una falta de calidades esenciales ordinarias. Una vez establecida la presencia de todas las calidades del tipo concreto, cualquier otra imperfección que presente la cosa será un vicio. En caso de falta de cualidad de la cosa, serán aplicables las disposiciones generales, especialmente el art. 1124, pues constituirá una trasgresión de obligaciones contractuales, y posibilita poner en acción medios de tutela del comprador, pero no implicará trasgresión regulada por los arts. 1484 y ss. CC (*El contrato de compraventa*, tomo I, op. cit., págs. 684-686; en igual sentido, GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", en op. cit., pág. 337). En cambio otros, estiman que la apreciación de la utilidad de la cosa en el CC, va unida a la consideración de todas aquellas cualidades que resultan necesarias para que la utilidad pueda tener efectividad, y consideran que el concepto de vicio no se reduce a los objetos defectuosos, comprende también los que, aun perfectos en su género, carecen de las cualidades necesarias para prestar una determinada función –vejez del vino, rendimiento de una máquina- (MORALES MORENO, A. M., "Comentario al artículo 1484 CC", en *Comentario del Código civil, Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid 1991, pág. 956). Siguiendo la jurisprudencia, la noción de "vicio", equivale a ausencia de cualidad. Dice la STS de 10 de septiembre de 1996 (RJ 6556),"no se puede olvidar, que la acepción que el art. 1486 CC, da a los vicios o defectos ocultos, es de carácter funcional, y que, por lo tanto, dicho vicio determina la inutilidad total o parcial de la cosa, así como que la misma carece de las cualidades necesarias para realizar una determinada prestación". Expresa la misma idea la SAP de La Coruña de 30 de junio de 1998 (AC 1393), la utilidad que ha de considerarse es aquella que se ha incorporado al contrato, esto es, aquella que viene dada por la carencia de cualidades presupuestadas en la cosa por el contrato.

objetiva insatisfacción del comprador, que ve frustrada la finalidad perseguida con la celebración del contrato, el Tribunal Supremo entiende que ha existido un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega[825], porque el vendedor ha puesto en poder y disposición del comprador una cosa distinta a la convenida (*aliud pro alio*), y, en consecuencia, le faculta para ejercitar las acciones generales de incumplimiento, en orden a demandar la resolución del contrato[826], la ejecución en forma específica (en su modalidad de reparación o sustitución de la cosa viciosa) o la indemnización de daños y perjuicios.

Se nos ofrecen, por tanto, en el contrato de compraventa, dos vías para remediar supuestos de cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega del objeto: las acciones edilicias, cuyos requisitos de ejercicio, en especial el plazo, puede resultar especialmente gravoso para el acreedor perjudicado y la vía establecida por la jurisprudencia, que permite

[825] Así ha ocurrido, entre otros en los siguientes casos: el motor suministrado es de una potencia inferior a la pactada, rindiendo 27 H. P., en vez de rendir 65, que fue lo convenido (STS de 16 de febrero de 1950 [RJ 347]). El automóvil subastado por RENFE encuentra dificultades para la matriculación por no ser la vendedora un órgano judicial o administrativo (STS de 14 de diciembre de 1981 [RJ 6939]). La caldera instalada es de menor tamaño que el estipulado, lo que provocó la falta de un adecuado rendimiento en el sistema de calefacción (STS 1 de junio de 1982 [RJ 3401]). El piso entregado presenta una grieta irreparable como consecuencia del establecimiento de una junta de dilatación, no prevista en el Proyecto aprobado, ni en los planos de cálculo de la estructura (STS 29 de noviembre de 1982 [RJ 6939]). El molino de piensos entregado tiene una capacidad de molienda sensiblemente inferior a la convenida (STS de 10 de junio de 1983 [RJ 3454]). Los tejidos suministrados fueron fabricados defectuosamente, provocando el rápido deterioro de las prendas con los que se confeccionaron aquéllas, que no resistieron su destino propio, esto es, el uso de ser vestidas (STS 19 de diciembre de 1984 [RJ 6134]). El mármol entregado no respondía a las cualidades prometidas, por lo que hubo que arrancarlo y volver a colocar y pulir el que, en su sustitución, volvió a remitir el vendedor (STS 2 de julio de 1991 [RJ 5318]). El hormigón para emplear en una obra de construcción tiene una resistencia muy inferior a la solicitada (STS 28 de febrero de 1997 [RJ 1322]). Las simientes entregadas tienen tales defectos, que no sirvieron para que la planta fructificara con las mínimas exigencias de productividad (STS 23 de enero de 1998 [RJ 124]).

[826] LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDAD, F., (*Elementos de Derecho civil* II, vol. I, -edición revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ, F.-, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 199): entiende que la prestación defectuosa puede dar lugar a la resolución. En las obligaciones de dar, el problema reside en el concurso con las edilicias o por vicios de la cosa, previstas para la compraventa, que tienen requisitos, como el plazo, más rigurosos para el acreedor. El TS ha entendido que puede darse un concurso alternativo de acciones, si bien, la resolución parece reservarse para los casos más graves, en que la inhabilidad o ineptitud del objeto es tal que puede entenderse que se ha entregado cosa distinta de la debida o el defectuoso cumplimiento impida la realización del fin del contrato. En el mismo sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO, aunque precisa que no siempre el incumplimiento por ejecución de prestación defectuosa es justa causa de resolución. "Ante una prestación defectuosa, la acción resolutoria sólo está justificada cuando la prestación no sea útil para el fin al que se la destinaba o cuando el deudor no se allane a satisfacer su deber de corrección, si éste no es especialmente complicado y con él la utilidad buscada se puede obtener (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, op. cit., págs. 712- 713). Para MONTÉS PENADÉS, la entrega de la cosa prometida, pero con defectos o vicios, puede tener su cauce a través de la acción redhibitoria por vicios ocultos. Pero cabe que la prestación presente, no un defecto objetivo, sino una inidoneidad para satisfacer el interés del acreedor, en cuyo caso, estamos ante una prestación defectuosa que, en defecto de especial regulación, puede subsumirse bajo el art. 1124 CC ("Comentario al artículo 1124 del Código civil", en *Comentarios al Código civil...*, pág. 1241).

acudir al artículo 1101 CC, en la medida en que la entrega de una cosa defectuosa pasa a ser incumplimiento, dado que se entrega una cosa distinta a la debida[827].

En un primer momento, el Tribunal Supremo se mostró favorable a la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento, permitiendo al comprador la posibilidad de optar por el ejercicio de unas u otras (se trataría de un concurso o concurrencia de acciones[828]). Hoy, parece prevalecer otra orientación jurisprudencial contraria a la compatibilidad de las acciones edilicias y las generales de

[827] Sin perjuicio, de que la jurisprudencia haya admitido la compatibilidad de las acciones edilicias con las de anulación por error, a fin de que el comprador pueda beneficiarse del más amplio plazo de caducidad de esta última (según el art. 1301 CC). En este sentido vid. SSTS de 6 de junio de 1953 (RJ 2067), 3 de febrero de 1986 (RJ 409), 29 de abril de 1986 (RJ 2067).

[828] El Código civil no ofrece una solución general al problema de la concurrencia entre acciones. Incluso da la sensación, de que no se ha llegado a plantear la posibilidad de que el problema pueda surgir, parece ignorarlo (el ejemplo por excelencia, de otro problema de concurso entre acciones, es el de la concurrencia entre responsabilidad contractual y extracontractual. Otro ejemplo, de concurso entre acciones, es el que se produce entre la responsabilidad extracontractual y la denominada responsabilidad civil derivada del delito). La expresión "compatibilidad entre acciones", encierra un doble significado: uno consistente en entender que, tanto la acción general como la especial, son teóricamente aplicables a un mismo caso, y la compatibilidad se traduce en que ambas acciones, de hecho, pueden aplicarse. El otro, consiste en entender, que la acción general y la especial son acciones que se aplican a casos diferentes, y su compatibilidad supone el que una acción no se interfiere en el campo de aplicación de la otra.

Son posibles tres respuesta a la coordinación entre acciones edilicias y resolución por incumplimiento: a) La Ley especial deroga a la general. Así, la posible concurrencia de las acciones edilicias con otras de carácter general (error, incumplimiento), se resuelve aplicando las acciones específicas de la compraventa. Esto resulta de aplicar la regla de lógica jurídica según la cual la norma especial se aplica con preferencia a la general (en este sentido BERCÓVITZ, "La naturaleza de las acciones...", en op. cit., pág. 779; también PASQUAU LIAÑO, "La indeterminación del cuadro...", en op. cit., pág. 421). b) La regla de la opción del comprador, supone que ante la concurrencia de diversas acciones, cualquiera de ellas pude aplicarse, siempre y cuando reúnan sus respectivos requisitos de aplicación. La decisión de la acción a ejercitar pertenece al titular de todas ellas. En nuestro caso, el comprador. c) La regla de la acumulación de acciones, significa que dados ciertos hechos, una persona puede ejercitar al mismo tiempo diversas acciones. Según esta orientación jurisprudencial de la compatibilidad, que aparece en numerosas SSTS: de 28 de noviembre de 1970 (RJ 5249), 25 de abril de 1973 (RJ 2289), los defectos que determinan la total inhabilidad de la cosa para servir al uso a que se destina y la objetiva insatisfacción del comprador, merecen una doble calificación: de una parte, la de vicios ocultos, de otra, la de entrega de *aliud pro alio*, lo que permite al comprador ejercitar las acciones generales de incumplimiento. Sobre este tema vid. el detenido estudio de FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*..., op. cit., págs. 165-174:

Es ESPÍN el que realmente da relevancia doctrinal a la cuestión de la concurrencia de las acciones edilicias con las generales en su trabajo de 1967, si bien, emite sobre el tema una opinión ambigua y abierta: "podemos concluir este examen de la jurisprudencia destacando favorablemente su prudencia, al reconocer el principio que decide aplicar una de entre dos normas que se oponen, y su flexibilidad, al dejar abierta la posibilidad de decidir en cada caso si existe oposición. Ante la postura de nuestro Código (...), la posición constructiva de nuestra jurisprudencia marca una orientación acertada. No cabe desconocer que la regla general cede ante la especial que se oponga, ni tampoco es posible concluir por aplicación de este principio que todas las acciones generales contractuales sean inaplicables por contradicción con las normas sobre el saneamiento por vicios en la compraventa" ("Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales", en *RGLJ*, 1967, pág. 940). En la relación entre las acciones edilicias y las derivadas del incumplimiento, aunque hay autores que admiten que el comprador puede elegir ejercitar unas u otras acciones, la mayoría de la doctrina no se pronuncia sobre el problema de la compatibilidad, porque al negar que el saneamiento por vicios ocultos responda a un incumplimiento del vendedor, se descarta también la posibilidad de concurrencia.

incumplimiento[829]. Ahora bien, basta ver cuál es el criterio de determinación propuesto, para dudar de la solidez de la distinción. El Supremo sostiene que nos encontramos ante un supuesto de *aliud pro alio* cuando el defecto determina que la cosa entregada resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinada. Es decir, al delimitar el *aliud pro alio* utiliza unas pautas semejantes a las que usa el art. 1484 CC, al establecer el requisito de la gravedad de los vicios ocultos, cuando exige que el defecto haga la cosa impropia para el uso a que se destina o disminuya de tal modo ese uso, que de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.

La conocida doctrina del *aliud pro alio* ha sido instaurada para aplicar las consecuencias del incumplimiento definitivo de la obligación a supuestos en los que el objeto del contrato carece de tal modo de los caracteres propios del bien, que podemos entender que se ha entregado algo distinto a lo pactado, ya que el acreedor no puede ver satisfechas sus legítimas expectativas. Con bastante frecuencia el Tribunal Supremo dice que hubo entrega de cosa distinta, o de cosa diversa, o de *aliud pro alio*[830]. Se trata de tres expresiones sinónimas y, por tanto, intercambiables entre sí. Se le objeta a esta expresión, que no cuenta en nuestro Derecho con una función predeterminada, si bien, en el Derecho romano se empleaba esta idea para explicar la relevancia del error en la sustancia[831].

A la hora de precisar el concreto alcance que posee el argumento jurisprudencial del *aliud pro alio* en el incumplimiento del vendedor por la inhabilidad de la cosa y consiguiente insatisfacción del comprador, en algunos casos, queda claro que el vendedor

---

[829] Dado lo confuso de la doctrina jurisprudencial sobre la compatibilidad de acciones generales y especiales (pues tanto aplica la regla de ley especial deroga la general, como otorga al que ejercita la acción la facultad de elección y también llega a concebir la compatibilidad en el sentido de que el comprador puede acumular el ejercicio de la acción general y el de la especial, creando otra acción ajustada a las exigencias del caso), hoy por hoy, apenas se aplica. Vid. numerosas sentencias del Tribunal Supremos sobre la incompatibilidad de las acciones edilicias y las generales de incumplimiento en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "Crónica jurisprudencial sobre las acciones edilicias", en *RdP*, núm. 5, 2000, págs. 483-486.

[830] SSTS de 29 de diciembre de 1984 (RJ 6302), 15 de julio de 1987, 26 de octubre de 1990, 8 de abril de 1992 (RJ 3023), 12 de abril de 1993 (RJ 2997), 29 de abril de 1994, 10 de mayo de 1995.

[831] ORTI VALLEJO, critica que se utilice para definir el *aliud pro alio* el criterio finalista o funcional, porque entonces no se puede distinguir de la cosa defectuosa, debido a que el artículo 1484 CC, que es el que define el defecto en nuestro sistema, sigue un concepto de defecto utilizando el mismo criterio funcional. De esta manera si se dice que una prestación diversa es la comporta un objeto inhábil, no se aprecia ninguna diferencia con el concepto de cosa impropia para su uso que utiliza el precepto mencionado. Considera el autor que el concepto de prestación diversa se acercaría al que ULPIANO nos legó con sus ejemplos: bronce por oro, plomo por plata (Digesto 18, I, 9, 2). Es decir, el concepto de prestación diversa que debió estar presente en los códigos clásicos no podía ser otro que el de la sustancia, el *aliud* es la entrega de una cosa sustancialmente distinta de la debida, una concepción ontológica que no guarda la menor semejanza con lo que es defectuoso (vid. *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad...*, op. cit., págs. 39-40).

incumple, en el sentido más propio del término, pues entrega una cosa materialmente diferente de la que fue objeto del contrato (por ejemplo, se pacta la entrega de tabiques de escayola y se entregaron de yeso – STS de 23 de marzo de 1982 (RJ 1500)-, o se incluye en el contrato que el edificio tendrá una caldera de determinado tamaño y se entrega otra más pequeña – STS de 1 de junio de 1982 (RJ 3401)-). En tales hipótesis, por tanto, por *aliud* se entiende la entrega al acreedor por el deudor, de una cosa sustancial u objetivamente distinta de la pactada, dando lugar al incumplimiento del deber prestacional, que habilita al comprador para hacer uso de los medios de defensa pertinentes ante tal conducta. Sin embargo, en ocasiones el Alto Tribunal prefiere indicar que hubo incumplimiento porque la cosa entregada es inhábil, y es la inutilidad de la cosa, puesto que es un serio indicio de que se entregó una cosa distinta a la pactada, lo que le permite llegar a la calificación de incumplimiento.

Pero en otras situaciones, parece que el Supremo va más allá, pues olvidándose de la posible coincidencia material de lo entregado con lo pactado, señala que el vendedor tiene la obligación de entregar una cosa útil al comprador. De esta afirmación jurisprudencial[832] se desprende, que lo jurídicamente relevante es el objeto que el contrato diseña, y no, el objeto existente en la realidad. Es decir, sobre el vendedor pesa una obligación de resultado (garantía), consistente en dar una cosa útil al comprador, que, a veces, es expresamente pactada, y otras, que son la mayoría, está implícito en el contrato.

La jurisprudencia suele destacar la diferencia que existe entre el supuesto de incumplimiento contractual, de los artículos 1101 y 1124 CC, y el de los vicios redhibitorios, de los artículos 1484 y ss. CC. Con ello intenta justificar la aplicación de los remedios generales, fundados en el incumplimiento y excluir los de los remedios propios del saneamiento. Con tales afirmaciones parece querer indicar que las acciones generales de incumplimiento y las acciones edilicias no se superponen, cada una de ellas tiene su específico y exclusivo campo de aplicación. Ahora bien, pese a reconocer el teórico campo operativo de las acciones correspondientes, el TS admite la dificultad práctica de calificar a un caso dado, como supuesto de incumplimiento o de vicio oculto.

[832] Esta obligación de resultado o garantía es tácitamente reconocida por el TS, en aquellas sentencias que resaltan, que el fin que el comprador pretende alcanzar a través del contrato, no se ha logrado, como consecuencia de la entrega de una cosa no útil: SSTS de 30 de noviembre de 1972 [RJ 4689], 20 de diciembre de 1977 [RJ 4837], 23 de marzo de 1982 [RJ 1500], 10 de junio de 1983 [RJ 3454] (comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *CCJC*, núm. 2, pág. 631), de 29 de diciembre de 1984 [RJ 6302], 8 de abril de 1992 [RJ 3023]. Vid. la recopilación de sentencias contenida en el trabajo de PRATS ALBENTOSA, L., "La entrega de cosa diversa a la pactada...", en op. cit., págs. 5104 y ss.

Hoy, son muchos los autores[833] que ponen de manifiesto como la jurisprudencia ha dejado sin campo de juego el régimen del saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida, ya que ha mantenido la aplicación, en dicha hipótesis, de las normas sobre el incumplimiento contractual: bien sosteniendo la plena compatibilidad de los remedios edilicios con los generales por incumplimiento; bien utilizando la más técnica, pero inaprensible distinción, entre vicio oculto y *aliud pro alio* sistemáticamente a favor del segundo de los términos de la alternativa. Los resultados a que conduce esa jurisprudencia, con seguridad objetable[834] de *lege lata*, tienen muy buen sentido. Es absolutamente irrazonable no conceder al comprador de cosa con vicios la pretensión de cumplimiento: de

[833] PANTALEÓN PRIETO, F., "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1993, págs. 1723-1724. Igualmente LLAMAS POMBO, E., "Comentario del artículo 1101 CC", en op. cit., págs. 1812-1813: Si bien la función de la responsabilidad contractual que contempla el art. 1101 CC es el resarcimiento del daño que deriva del incumplimiento, ha sido objeto de una importante extensión por la jurisprudencia para colmar dos lamentables lagunas de nuestro sistema: el régimen de la prestación (de hacer) defectuosa, y la disciplina de los daños que resultan de la entrega de la cosa vendida, cuando ésta tiene defectos. Por una parte, esa función meramente resarcitoria se ha visto ampliada, concediendo al acreedor una verdadera acción de reparación *in natura*, cuando de la aplicación de la norma *ad hoc* sólo podía derivarse una acción de daños o de saneamiento (coincidentes ambas en el caso del promotor de viviendas ex. art. 1591 CC). A tal fin, se contempla el contrato de compraventa como si de uno de obra se tratase, obligando al vendedor a garantizar un resultado útil de la cosa vendida, y por tanto, a reparar o sustituir la misma hasta alcanzar dicho resultado (v. gr. STS de 29 de enero de 1983 [RJ 400], en la que se obliga al vendedor de unas viviendas a realizar obras en unas chimeneas cuya salida de humos era defectuosa). Mientras que el art. 1591 es una norma de riesgos, el art. 1101 es norma de responsabilidad; al convertir en incumplimiento los defectos de obra, el art. 1101 es utilizado para conceder las reparaciones necesarias por cumplimiento defectuoso (ya sea mediante la reparación de la obra mal hecha o sustitución, que se considera por el TS como cumplimiento correcto; ya sea mediante cumplimiento por equivalencia, traduciéndose en una especie de acción estimatoria de reducción del precio o indemnización del coste de la reparación realizada por el acreedor). Otra vía de extensión funcional del artículo 1101 CC por la jurisprudencia, se ha producido en supuestos en los que la normativa aplicable sólo concedía una acción de saneamiento por vicios ocultos, de tal forma, que utilizando la vía del artículo 1101 CC, se ha concedido una acción de reparación integral. Se ha llegado a tal conclusión, unas veces declarando la compatibilidad entre las acciones de saneamiento y las generales (STS 20 de diciembre de 1985 [RJ 6611]), y en otras, considerando lo que, en un principio es una entrega de cosa defectuosa, como un verdadero *aliud pro alio*, y por tanto, un incumplimiento contractual. También para CARRASCO PERERA, la aplicación por el TS del art. 1101 unido a la resolución del art. 1124, cuando la norma adecuada al caso sólo concede una acción de saneamiento por vicios o defectos ocultos, entendiendo que todo vicio es *aliud*, constituye una extralimitación que *de facto* supone la derogación de las acciones edilicias. Pero conciliando los dos regímenes se obtiene como resultado evitar el criterio de la culpa en la aplicación de las normas del incumplimiento (art. 1101). Dado que el saneamiento no requiere culpa del vendedor, el resultado que se consigue es el de reservar al régimen del saneamiento el fundamento de responsabilidad (no hace falta culpa) y a los arts. 1101 y 1124 las consecuencias jurídicas (pleno resarcimiento y resolución). Vid. "Comentario al artículo 1101 CC", en op. cit., pág. 396.

[834] Esta postura jurisprudencial también ha sido objeto de críticas. Así, PASQUAU LIAÑO, estima que la consolidación de esta doctrina jurisprudencial, que afirma la compatibilidad indiscriminada de un conjunto de acciones diversas (...), mediante su utilización alternativa, apoyada en la comodidad que permite un "iura novit curia", largamente entendido, ha ido rompiendo los perfiles de cada uno de los remedios legales, habiendo creado una especie de "súper acción" reparadora o resarcitoria, configurada por la reunión de las ventajas de cada una de las acciones previstas en la legislación común, con exclusión de sus respectivas desventajas. Tal resultado, si bien puede ser satisfactorio desde el punto de vista práctico, no lo es desde el científico, habiéndose considerado como una incorrección en cuanto a la técnica de aplicación del Derecho, que vulnera el principio de especialidad y aplicación preferente, desdibujando el necesario perfil de las instituciones jurídicas, en detrimento de la seguridad jurídica y de la previsibilidad de las soluciones a cada problema concreto. En este sentido vid. "La indeterminación del cuadro...", en op. cit., pág. 420.

reparación del defecto o de entrega de otro objeto de iguales características (vid. art. 11.3 LCU). Nada más lógico que la absorción de la actual redhibitoria por la resolución por incumplimiento, una vez bien sentado que no es condición de esta última la imputabilidad del incumplimiento al deudor. La reducción del precio (la acción estimatoria o *quanti minoris*) puede generalizarse como medio de tutela del acreedor frente al cumplimiento defectuoso, incluido el parcial, también independiente de la imputabilidad del incumplimiento al deudor.

Tras todo lo que se ha dicho aquí, no acertamos a comprender por qué la existencia de ciertos vicios o defectos ocultos no sirve para que se declare, simplemente, que ha sido infringida la obligación principal de entregar la cosa vendida en las condiciones contenidas de manera explícita o implícita en el contrato. Es por ello, que nos parece que las acciones edilicias están llamadas a desaparecer, es decir, hay una tendencia favorable a admitir un supuesto de hecho unitario[835], aglutinador de los diferentes casos de anomalías cualitativas de cierta entidad, que desencadenaría la aplicación ordenada de un conjunto de remedios, siendo éstos los tradicionales asociados al incumplimiento, a los que se sumaría uno típico del saneamiento por vicios ocultos: el del ajuste del precio. Un tema ligado a éste, y, quizá más problemático de tratar, sería determinar cuál es el plazo más adecuado para el ejercicio de tales acciones.

Así mismo, hay que resaltar que el incumplimiento es una categoría jurídica, cuyo contenido no siempre es entendido de idéntica forma, pudiendo emplearse con un contenido estricto[836], esto es, como la infracción de un concreto deber de prestación (dar, hacer o no-hacer del art. 1088 CC), determinado según el tipo de contrato celebrado. De

[835] RUBIO GARRIDO, ya advirtió que lo cierto es que hoy, es *communis opinio* el propugnar un concepto de vicio funcionalizado, definido por la buena fe objetiva, que desdibuja las clásicas distinciones –nunca nítidas- entre vicios, falta de cualidades y *aliud pro alio*, y las sustituye por la idea globalizadora de la no conformidad o de la infracción de la expectativa legítimamente esperable por el comprador. Palabras del autor casi proféticas de los términos utilizados por la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la garantía y venta de los bienes de consumo y la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (vid. "La garantía del artículo 11 LCU", en *ADC*, 1990, pág. 895).

[836] PINTÓ RUIZ, distingue, entre los elementos fundamentales que integran el "incumplimiento en sentido técnico", uno objetivo, consistente en la inadecuación de la conducta del deudor con el contenido de la prestación; y otro subjetivo, consistente en la existencia de culpabilidad en el deudor. Mientras que el incumplimiento culpable genera el derecho en el acreedor a exigir el cumplimiento forzoso de la obligación más la indemnización de daños y perjuicios, el incumplimiento no culpable, siendo éste, la imposibilidad no culpable sobrevenida, produce la extinción de la obligación (vid. "Voz Incumplimiento de las obligaciones civiles", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, tomo XII, Barcelona, 1977, págs. 185 y ss.). También BELTRÁN DE HEREDIA, P., *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990; este autor introduce en la idea de incumplimiento, como elementos del mismo, la culpa y el daño.

acuerdo con esta concepción del incumplimiento, aplicado al esquema de la compraventa específica, podría entenderse que, dado que el deber de prestación del vendedor consiste en entregar esa cosa, tal cual estaba cuando la perfección del contrato (art. 1468 CC), es por ello que el vendedor de buena fe cumple, aunque entregue la cosa con vicios, siempre y cuando dichos vicios existieran en el momento de la celebración del contrato, y ninguna afirmación se hubiera hecho en relación a las cualidades de la cosa.

Pero también es posible concebir el incumplimiento con un contenido más amplio[837]: como el hecho de que no se haya alcanzado en su totalidad el fin o la función del contrato o, dicho de otro modo, que no se haya desenvuelto completamente el programa contractual. Entendido así, se puede sostener que el vendedor tiene que dar al comprador una cosa sin defectos, y que se incumple el contrato cuando ese resultado no se alcanza. Esta noción impone ir más allá de las concretas obligaciones del vendedor, derivadas del contrato, y situarnos en el ámbito del desarrollo del contrato de compraventa, para constatar, en qué medida la compraventa ha satisfecho el interés del comprador.

Esta construcción del incumplimiento es, claramente, más ventajosa, por cuanto que permite percibir algo muy importante, cual es la construcción del incumplimiento contractual en torno al concepto de la ruptura del contrato, idea que puede aglutinar, con eminente carácter práctico, casi todos los problemas jurídicos que tienen su origen en la falta de cumplimiento dentro de los términos previstos en un contrato (ausencia de cumplimiento, cumplimiento defectuoso, retraso, etc.). De acuerdo con este enfoque, no tiene sentido establecer diferencias entre la obligación específica y la genérica, pues tanto en una como en la otra, la entrega de un objeto no conforme puede implicar incumplimiento, si no se alcanza el resultado que el ordenamiento considera que debe garantizar el deudor al acreedor.

Así las cosas, lo cierto es que preferimos la visión que carga el acento en la perspectiva de la satisfacción o violación del derecho de crédito, preguntándose en qué medida el acreedor ha quedado o no satisfecho, que incluso, es independiente de la

[837] CLEMENTE MEORO, nos explica como en el Derecho inglés, el concepto de incumplimiento engloba, tanto el no cumplimiento sin *lawful excuse* como los supuestos de cumplimiento defectuoso –con inclusión, en este último concepto de los que en el *Civil Law* se conoce como vicios ocultos y evicción-, la existencia en la cosa de vicios puede considerarse supuesto de incumplimiento en sentido amplio, ya que el acreedor no recibe aquello por lo que contrató. Vid. *La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y el Derecho español)*, Valencia, 1992, págs. 91-93.

valoración que deba atribuirse al comportamiento del deudor y es en sí mismo un hecho perfectamente objetivo[838]. Así, el promotor incumple el contrato de compraventa respecto del adquirente, cuando no se produce el resultado prometido[839], esto es, cuando la vivienda entregada no se ajusta a lo convenido, presenta vicios ocultos, adolece de defectos constructivos o no es terminada en el tiempo pactado. Para que exista incumplimiento, no se necesita una "voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento", es decir, el incumplimiento no precisa de la existencia de culpa por parte del deudor (vendedor). Se acoge un concepto de incumplimiento que se acerca más a la idea de insatisfacción del acreedor o lesión del derecho de crédito, que a la de ilícito civil. Ahora bien, la valoración de la conducta del deudor, será útil para determinar la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, pero no lo es para definir el incumplimiento mismo.

En cualquier caso, llegados a este punto, si bien desde la perspectiva dogmática contenida en el Código civil puede parecer incorrecta la aplicación del régimen del incumplimiento, sin atender al concreto carácter específico o genérico de la obligación del vendedor[840], desde la perspectiva del resultado que con ella se alcanza, -la mayor

---

[838] En este sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, pág. 568: que destaca como lo importante es saber en qué medida los hechos se han ajustado o no al ideal programa o plan de prestación, esta es la perspectiva que acoge bajo la rúbrica "lesión del derecho de crédito". Sólo después, podrán ponerse en conexión tales hechos con una valoración del comportamiento de los intervinientes para deducir una especial imputabilidad de responsabilidad. También LLAMAS POMBO, considera que nuestro ordenamiento jurídico cifra la fuente material del incumplimiento en la idea de "contravención", que abarca, de la forma más amplia posible, toda clase de lesión al interés del acreedor: desde la inejecución de la prestación, la prestación defectuosa, el *aliud pro alio*, la devenida imposible por causas imputables al deudor ("Comentario al artículo 1101 CC", en *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, dirigido por PASQUAU LIAÑO, Comares, Granada, 2000, págs. 1812 y 1821). MORALES MORENO, A. M., en el Prólogo a la obra de FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*..., op. cit., págs. XXII-XXIII: el autor confiesa que este libro le ha hecho comprender la necesidad de aproximar nuestro Derecho codificado hacia este segundo modelo, mejor vertebrado, sin las contradicciones a que da lugar la concurrencia de acciones, y más adecuado a la función de la responsabilidad contractual, que no es tanto, sancionar a deudores culpables, cuanto ordenar, entre los contratantes, la cobertura de determinados riesgos de la contratación.

[839] Como bien dice PANTALEÓN, para construir un Derecho del incumplimiento contractual congruente y eficiente es necesario que se trate de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual, es decir, un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido y los llamados vicios ruinógenos, en el contrato de obra (vid. PANTALEÓN PRIETO, F., "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1993, págs. 1720-1721).

[840] Partidarios de la supresión de la distinción entre venta de cosa específica y genérica en términos de incumplimiento RUBIO GARRIDO, T., "La garantía del artículo 11 LCU", en *ADC*, 1990, págs. 869 y 883; FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, págs. 240 y 341. También parece inclinarse por este criterio, en una obra posterior, ORTI VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002,

protección del comprador-, entendemos que es una doctrina que responde adecuadamente a las demandas actuales del tráfico, además, nos parece más conveniente para obtener una mejor satisfacción de los intereses de los adquirentes de pisos en construcción, y ello, por diversos motivos[841]:

En primer lugar, por la condición de los sujetos que intervienen en la compraventa, que no son compraventas entre simples particulares, sino que lo normal es que el vendedor sea un perito en el objeto enajenado, no siéndolo el comprador, lo que provoca que el adquirente se encuentre en una situación de inferioridad, en comparación con la información y conocimiento que del objeto posee o debe poseer el vendedor, dado que se trata de un promotor-constructor o promotor-vendedor del inmueble.

También si nos fijamos en la conducta a desplegar por el vendedor, podemos ver que el deber de prestación de éste, no se limita a un simple dar, inherente al contrato de compraventa, sino que el vendedor suele intervenir, de algún modo, en el proceso de construcción, fabricación o elaboración de la cosa objeto del contrato[842]. Aparece entonces, junto al deber de prestación de dar, otro de hacer, que, además, puede ser considerado de resultado, si tenemos presente el contrato de obra. Todo lo anterior justifica la aplicación de las acciones generales del incumplimiento, pues no podemos olvidar que la compraventa de inmuebles a construir no responden al puro modelo que el Código civil

---

págs. 21 a 25. Igualmente REYES LÓPEZ, M.ª J., "La idea de conformidad en el Ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Directiva 1999/44/CE", en *Derecho Patrimonial Europeo*, coordinado por PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L., REYES LÓPEZ, M.ª J., Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 329 y 337: ateniéndose al esquema clásico, la acciones previstas en el Código civil sólo pueden aplicarse a supuestos de obligaciones específicas y no genéricas; sin embargo, este concepto ha quedado superado por la realidad del mercado y definitivamente solventado y corroborado por la Directiva 1999/44/CE, y la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, puesto que se entiende que la aparición de tales normas va a facilitar la posibilidad de prescindir de las diferencias existentes entre ambas obligaciones, al considerar que, tanto en unas como en otras, la entrega de un objeto no se cumplimenta si no se ha alcanzado el resultado que previamente ha quedado determinado y que el deudor debe garantizar al acreedor.

[841] Argumentos que defiende FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa...*, op. cit., págs. 204.

[842] Vid. MORALES MORENO, A. M., "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", en *ADC*, 1982, págs. 668-670. En su comentario al artículo 1101 CC, CARRASCO PERERA, resalta la diferente concepción que el Código civil tiene de la obligación, "como una pretensión lineal, típica y única, que se agota en el mero hecho de su realización", con lo que ocurre en la realidad, en la cual, "las prestaciones se interrelacionan en una malla donde no es fácil separar prestación principal y accesorias, e incluso en la que el interés del acreedor puede verse mayormente dañado por el incumplimiento de obligaciones de este tipo". Aludiendo como ejemplo al vendedor fabricante de un bien ("Comentario al artículo 1101 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XV-1º, dirigidos por ALBALADEJO, Edersa, 1989, págs. 392-393).

contempla, el de dar sin más, sino que son compraventas complejas, en las que el vendedor tiene a su cargo un dar y un hacer.

En otras ocasiones, lo que ocurre es que el vendedor atribuyó al objeto una serie de cualidades que no tenía, descubriéndolo el comprador una vez que tomó posesión. Incluso, el vendedor llegó a garantizar una determinada cualidad del objeto de la que éste carecía. Todos estos argumentos, evidencian que estamos en presencia de una variedad de casos, que no parecen totalmente encajables en la clasificación compraventa específica y genérica, en cuanto que hay otros datos a valorar jurídicamente, que justifican la aplicación de los artículos 1101 y 1124 CC.

b) Acción por ruina del artículo 1591 CC y acciones generales por incumplimiento.

La práctica edificatoria moderna se canaliza, especialmente, en el caso de vivienda nueva, entrando en contacto jurídico directo el promotor, que puede construir directamente o a través de otros, y un consumidor a través del contrato de compraventa, habiendo perdido el de obra el papel que, pudo tener, en la distribución de bienes dentro de la sociedad artesanal. El principal problema para responsabilizar al simple promotor o promotor-constructor, que celebraba una venta, frente al comprador-adquirente, por los posibles defectos que presentaba la construcción, surgía porque la relación que vinculaba a estos dos sujetos, no era un contrato de obra, sino una compraventa, contrato con un esquema obligacional pensado para la enajenación y ajeno al proceso de fabricación o construcción del edificio.

Para hacer frente al obstáculo anterior, surgen distintas posturas, siendo una de las más generalizadas la que distingue dos supuestos de venta: la venta de pisos por construir y la venta de pisos terminados. En la primera modalidad de venta, se admite, reconociendo su aproximación al contrato de obra, la aplicación de las normas de responsabilidad propias del mismo, concretamente el artículo 1591, dado que la obligación no se agota en un dar o entrega de la obra, sino que a ese dar va conexo un hacer, apareciendo el contrato como un contrato mixto. En cambio, en la modalidad de venta de pisos terminados, se rechaza la asimilación al contrato de obra y, con ello, la asimilación de su sistema de responsabilidad, en base al siguiente razonamiento: dado que no ha existido un encargo de construcción por parte del comprador, ni el promotor-vendedor ha asumido la obligación contractual de construir, no cabe asimilar al promotor-vendedor con el contratista, su actuación es la de

simple comitente o dueño del inmueble, que una vez terminado, va a enajenar a determinadas personas, de tal forma que el contrato que celebra con el comprador, se desinteresa del proceso productivo. Por ello, el promotor-vendedor de un piso terminado, sólo puede responder como vendedor[843].

Es por ello, que tratándose de venta de pisos construidos, se acudía a la normativa general del Derecho de obligaciones, encontrando razones en el incumplimiento para justificar su oportunidad. En los supuestos en que un edificio presenta vicios constructivos, parece claro que, al margen de la responsabilidad decenal y junto a ella, existe un incumplimiento del contrato de compraventa por parte del vendedor, que entre sus obligaciones tiene la de entregar una vivienda sin deficiencias y presentar en el mercado un producto correcto, máxime cuando se trata de un bien tan trascendental como es el que representa la vivienda, en cuanto a hogar y morada de las personas (vid. STS de 21 de marzo de 1996 [RJ 2233]). Es evidente, por tanto, que si una vivienda tiene vicios ruinógenos, el vendedor ha incumplido el contrato de compraventa; sin perjuicio, de que tal contrato también queda incumplido aunque dichos defectos, por su entidad, no pudiesen entenderse como constitutivos de ruina. Esta responsabilidad contractual derivada del contrato de compraventa aparece desligada del art. 1591 CC, por ello, el adquirente sólo la podrá hacer valer frente a quien fue parte en el contrato de venta, esto es, frente al vendedor, no frente a los demás sujetos (aun responsables de la ruina) con respecto a los cuales no le une ningún vínculo contractual[844].

---

[843] CADARSO PALAU (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, op. cit., págs. 246-247) señala que siendo el objeto de la venta de pisos terminados una cosa actual, el negocio en que cristaliza la operación, se nos presenta como un contrato cuyo sinalagma se desinteresa, en principio, del proceso productivo y concierne, ante todo, a una estricta operación de cambio. Más adelante, se cuestiona ¿cómo metamorfosear el sinalagma contractual? El procedimiento para la conversión del promotor en contratista, requeriría cierta dosis de alquimia jurídica. Si el contrato final de venta no se puede convertir en un inicial contrato de obra, porque falta el previo encargo de obra, mal se percibe cómo, a pesar de ello, el vendedor haya podido devenir contratista; igualmente, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos...", en op. cit., págs. 917 y ss. Por su parte, FERNÁNDEZ COSTALES (*El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1976, págs. 372-373), considera que no hay obstáculo para la aplicación del art. 1591 CC, al promotor-constructor, pero sí para aplicarlo al simple promotor, por las siguientes razones: en primer lugar, el promotor, como propietario que es, no tiene función específica en la construcción de un edificio, salvo los derechos y obligaciones derivados de los contratos que celebra con esta finalidad, y si interviene, se trataría de un supuesto de inmisión del dueño de la obra; por otro lado, de imponérsele tal responsabilidad al promotor, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad sin facultades.

[844] Las principales diferencias que se encuentran según se encauce la protección del comprador sobre la acciones generales derivadas del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato o sobre la acción de responsabilidad por ruina radican en que la acción ejercitada por la vía del art. 1124 CC se dirigirá contra el promotor pero no contra los agentes intervinientes en la edificación, ya que se trata de un incumplimiento contractual de la obligación del vendedor de entregar en buen estado la cosa que vende; ello

Los mismos obstáculos formales que en la venta de un piso o local terminado hacen que muchos autores no admitan la aplicación de las reglas de responsabilidad del contrato de obra, porque el piso se ha vendido terminado, se oponen, de nuevo, al intento de aplicar las reglas generales de los contratos, para sancionar al vendedor por los defectos de la cosa consecuencia de su mal hacer, ya que no basta con decir que las reglas especiales del saneamiento no excluyen las reglas generales, si al mismo tiempo, no se ofrece una razón positiva que justifique acudir a las reglas generales, para hacer responsable, según ellas, al vendedor por su impericia en la fabricación. ¿Y cómo será eso posible si se afirma que el contrato que celebra el promotor-vendedor con el comprador se desinteresa del proceso de producción?.

Para salvar las dificultades que presenta la responsabilidad del promotor-vendedor o constructor, dentro de la compraventa, se ha propuesto destacar, en ese contrato, los elementos que lo aproximan al contrato de obra. El Código civil no ha tenido en cuenta las particularidades y problemas concretos que plantea la venta de un objeto nuevo, edificado por el propio vendedor, como es la vivienda recién construida. Las reglas sobre las acciones de saneamiento o sobre indemnización por los defectos de la cosa vendida, pueden, ciertamente, trasladarse a este tipo de venta. Pero no bastan, porque no tienen en cuenta la especialidad del supuesto de hecho, por ello, señala MORALES MORENO[845], la insuficiencia del modelo legal de compraventa y, la necesidad de operar bajo una aproximación al contrato de obra. Si bien ante la venta de una vivienda ya terminada, no puede surgir una obligación de hacer, relativa a la construcción de la edificación, como es propio en el contrato de obra, porque la cosa ya existe, ello no permite olvidar que esa cosa

---

sin perjuicio del derecho del promotor a repetir, en su caso, contra el causante directo del daño. Además respecto de los meros incumplimientos no funcionaba el plazo de garantía de diez años del art. 1591.1 CC. Cuando la acción se ejercita por la vía del art. 1591 CC, puede dirigirse contra uno o contra varios; pero si se demanda al promotor, éste en el proceso de responsabilidad decenal se equiparará al constructor. En cuanto a las posibles alegaciones que realiza el tribunal, se podría destacar que cuando se aplica la acción del artículo 1591 CC no se encuentra la afirmación de que se entregó un *aliud pro alio*, que en cambio, sí aparece en la aplicación de las acciones generales de incumplimiento. Tampoco se destaca especialmente la insatisfacción del comprador, como sí ocurre en las acciones generales de incumplimiento. En cambio, en estas últimas no está presente el carácter solidario de la obligación, como sucede en la responsabilidad por ruina del art. 1591.1 CC. En cuanto a las consecuencias prácticas derivadas de seguirse una u otra vía, a salvo la diferencia del plazo, ambas no divergen mucho entre sí. Cuando el Tribunal supremo aplica las acciones generales de incumplimiento, normalmente condena, bien a la reparación *in natura* del inmueble, bien al pago de una cantidad de dinero en concepto de indemnización. En relación a la acción de ruina del art. 1591, aunque este precepto hable de una acción indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados de la ruina, el Tribunal Supremo no sólo condena a la indemnización, sino, en ocasiones, también a la reparación *in natura* del inmueble.

[845] Cfr. "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", en op. cit., págs. 670-671.

ha sido hecha para su posterior venta, y que esa venta cubre una función transmisiva equivalente a la se daría, en ese caso, de haber mediado un contrato de obra. De ahí se desprende una consecuencia: las anomalías de la cosa, que puedan relacionarse con su construcción, son imputables al promotor-vendedor, como si se tratase de un contrato de obra, en el que el constructor hubiese incumplido, en cuanto al resultado final, su obligación. El hecho de que el encargo (contrato de obra), se haya sustituido por la oferta comercial y publicitaria, no debe cegar al jurista, quien ha de ver que la construcción es la actividad más relevante de toda la operación, considerada en su conjunto. De ahí que las normas propias del contrato de obra sean las que contemplan más de cerca el supuesto, habiendo de tener una aplicación preferente.

Así, en el conflicto entre acciones derivadas de la compraventa y acciones derivadas del contrato de obra, normalmente, la jurisprudencia ha optado por las segundas, a pesar de que desde un punto de vista formal, la compraventa sea el único tipo contractual presente, especialmente en el caso de vivienda nueva adquirida directamente del promotor.

Según CARRASCO PERERA[846] en la mayoría de los casos, la aplicación del art. 1591 CC no ha conducido a un resultado al que no se hubiera podido llegar, sin esfuerzo interpretativo, aplicando las reglas generales. Pero ¿por qué se aplica entonces el art. 1591 CC? Simplemente, porque las partes lo citan en sus fundamentos, y los Tribunales no tienen claro si una modificación de la fundamentación jurídica se encuentra dentro de los límites permitidos del *iura novit curia* o acarrearía vicio de incongruencia[847].

---

[846] Vid. "Comentario a la STS de 22 de junio de 2001", en *CCJC*, núm. 58, enero-marzo 2002, pág. 265. En el mismo sentido FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa...*, op. cit., pág. 229. También ORTI VALLEJO, A., *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*, Granada, 1987, págs. 149 a 170. Igualmente, CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 297.

[847] Así, no se puede saber cuál es la concepción dominante en los tribunales sobre las relaciones procesales entre las reglas ordinarias de responsabilidad y la responsabilidad legal especial. Para algunas resoluciones, el fundamento normativo de la responsabilidad no pertenece al ámbito de la regla *iura novit curia*, sino que determina la causa de pedir (SAP de Pontevedra de 17 de julio de 1995 [AC 1407]: no es ruina la humedad producida por la inadecuada conexión del polietileno con el racor del falso techo, por lo que se desestima la demanda contra el constructor fundada en el art. 1591 CC, sin perjuicio de que el actor pueda demandar apoyándose en otra norma). Para otras, existirá una sola pretensión, con diversos apoyos normativos fundamentadores, que el juzgador podrá elegir con libertad (SSTS de 22 de abril de 1988 [RJ 3271], 11 de mayo de 1989 [RJ 3757], 25 de octubre de 1994 [RJ 7682]; SAP de Guadalajara de 3 de abril de 2000 [AC 1299]). Para otra jurisprudencia, cuando el promotor ha sido absuelto de la responsabilidad del art. 1591 CC, todas las posibles fuentes de responsabilidad quedan consumidas, y no se le puede condenar sobre la base de una supuesta responsabilidad contractual genérica (STS de 27 de enero de 1999 [RJ 7]).

El problema surge porque en torno a la *causa petendi* existen dos doctrinas procesales: los partidarios de la teoría de la individualización, para los que la causa de pedir se determina, tanto por el conjunto de hechos alegados (elemento fáctico), cuanto por el título o norma por la que se pide (elemento

Se ha considerado que la única razón por la que se ha producido la discriminación entre los casos de ruina y los simples incumplimientos ha sido la condena o exoneración de los técnicos que intervinieron en la construcción. Cuando un tribunal sostiene que un determinado defecto constructivo no es ruina, es porque considera que deben ser exonerados de responsabilidad el arquitecto y el arquitecto técnico; y cuando se afirma que sí hay ruina en situaciones límite, es porque el tribunal ha decidido que los técnicos deben ser condenados[848]. Ahora bien, si ello es así, no se ve la importancia que tiene residenciar la cuestión en el art. 1591 o en las reglas generales de responsabilidad. Constituye un absurdo sostener que el arquitecto responde en la responsabilidad por ruina, y no en la ordinaria, porque es mencionado expresamente en el art. 1591. La razón de que dicho precepto contemple expresamente al arquitecto no es porque la responsabilidad por ruina tenga esta particularidad por obra de la Ley, sino porque en el art. 1591 el arquitecto es contratante con el comitente, y como tal responde. Si podemos hacer responsable al arquitecto frente al tercero en sede del art. 1591, también podremos hacerlo con las reglas ordinarias, pues el problema es el mismo[849].

---

jurídico); en este sentido, las normas que el actor no cita en su demanda no pertenecen a la causa de pedir, por lo cual, todo pedimento fundamentado en una norma no citada, debe rechazarse. Mientras que los partidarios de la teoría de la sustanciación, sólo el conjunto de los hechos alegados determinan la *causa petendi*, siendo competencia del juez su subsunción en la oportuna regla jurídica. Esta última parece ser la doctrina procesal mayoritaria (por todos vid. GIMENO SENDRA, "El objeto del proceso", en CORTÉS JIMÉNEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Madrid, Colex, 2000, pág. 125; también MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional. Procesal Civil*, II, Valencia, Tirant lo blanc, 2000, pág. 121). Conforme a este último planteamiento, no constituye la causa de pedir los argumentos, las normas o principios jurídicos, las construcciones o calificaciones jurídicas. Parece que la nueva LEC de 2000, ha dado un espaldarazo a esta concepción, al acoger la idea de que la función del órgano jurisdiccional es la actuación del Derecho objetivo en cada caso concreto, que se presupone que conoce (*iura novit curia*) y que está obligado a aplicar, hayan las partes o no invocado formalmente las normas correspondientes (vid. art. 218.1, párrafo segundo, LEC-2000).

[848] En un 90 % de los casos, la razón mencionada es la que justifica que se rechace o afirme la condición de ruina (cfr. entre muchas otras, SSTS de 23 de diciembre de 1993 [RJ 10111], 19 de abril de 1995 [RJ 3428], SSAP de Lleida de 11 de abril de 1997 [AC 908], Vizcaya de 25 de enero de 1999 [AC 2899]). Si se observa, sin prejuicios, el proceso discursivo en estos casos, el juicio sobre si los técnicos merecen o no condena es previo a la calificación de ruina, y necesariamente lo condiciona ¿cómo puede afirmarse, como se afirma en algunas sentencias antes citadas, que una falta de cabida en una plaza de garaje o una rampa de acceso de difícil manejo son supuestos de ruina, si no fuera porque se ha considerado, con razón, que el defecto proviene del proyecto elaborado por el arquitecto?. Vid. en este sentido CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la STS de 22 de junio de 2001", op. cit., págs. 267-268.

[849] En conclusión, como dice CARRASCO PERERA, al extender el Tribunal Supremo el concepto de ruina a prácticamente cualquier imperfección funcional de la obra, no se extiende con ello el propio campo de aplicación del art. 1591, sino que de hecho, se subsume en la aplicación más amplia del art. 1101 CC. Ocurre con la responsabilidad por vicios derivada del art. 1591, lo mismo que hemos visto anteriormente que ocurría en relación a la obligación de saneamiento: la jurisprudencia ha reinterpretado el régimen del Código para extender la aplicación de los artículos 1101 y siguientes del mismo, y en general, el régimen del incumplimiento del contrato a supuestos que en realidad, serian simplemente de saneamiento (Vid.

Con la publicación de la Ley de ordenación de la edificación de 1999, se ha satisfecho una exigencia ya sentida desde la doctrina, como es la consagración, en un texto legal, de la responsabilidad civil frente al perjudicado de cualquier interviniente en el proceso de construcción, articulada mediante una acción directa que permita el contacto entre personas que no son contratantes entre sí, como el promotor y el subadquirente, o entre éste y el constructor, sin necesidad de acudir a la culpa extracontractual (poco adecuada para fundamentar la responsabilidad por defecto), ni a una tácita o presunta cesión de acciones.

2.- RÉGIMEN POSTERIOR A LA LOE.

El régimen del resarcimiento o de la responsabilidad civil, por los daños producidos como consecuencia de las anomalías constructivas se ha visto afectado tras la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Este incumplimiento genera, cuasi *erga omnes*[850] (o sea, entre las partes contratantes y también frente a los sucesivos terceros adquirentes), un responsabilidad objetiva, legal o *ex lege*. Dicha responsabilidad especial está prevista, actualmente, según el ámbito de aplicación respectivo, en el artículo 17.1 LOE, y en el artículo 1591 CC. En relación a la norma codificada contenida en nuestro Código civil, la no derogación expresa de dicho precepto, por la Disposición Derogatoria Primera de la LOE, ha suscitado un debate doctrinal sobre su persistencia en nuestro Ordenamiento jurídico, con la consiguiente inseguridad de si existe una duplicidad de sistemas de garantía o responsabilidad y prescripción.

En la responsabilidad a que hace referencia el artículo 17 LOE, los daños resarcibles son, exclusivamente, los daños materiales ocasionados en el edificio por los diferentes vicios o defectos que el precepto señala. Esta restricción del daño resarcible también se aprecia en el sistema de garantías que establece el art. 19.9 LOE, para asegurar las responsabilidades por los daños materiales ocasionados en el edificio, pues, se excluyen, entre otros, de la cobertura del seguro ciertos daños como los daños corporales o, los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.

"Comentario al artículo 1101 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XV-1º, dirigidos por ALBALADEJO, Edersa, 1989, págs. 394-395).

[850] En este sentido, SIFRE PUIG, R. F., "Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, en relación con la constitución de garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad", en *RCDI*, núm. 669, enero-febrero 2002, pág. 124.

La LOE se ha mantenido al margen en la responsabilidad estrictamente contractual o inter partes (constructor frente a promotor; promotor-vendedor frente a comprador), que se produce ante la contravención de lo estipulado contractualmente o incumplimiento contractual, aunque no produzca como resultado un daño material. Por eso, esta responsabilidad tiene su fundamento jurídico, no en la LOE, sino en los artículos 1101 y 1124 del CC, con el plazo general de prescripción del a acción indemnizatoria del artículo 1964 CC.

Pasamos a analizar tales aspectos para valorar en qué medida el sistema actual puede suponer una menor protección para los perjudicados por una construcción defectuosa y plantear las acciones que permiten la reparación de los daños no cubiertos en esta normativa.

A) Naturaleza jurídica de la responsabilidad por vicios y defectos en la construcción.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad especial impuesta en el artículo 1591 CC a los arquitectos y constructores ha sido uno de los puntos causantes de mayor controversia en la doctrina. Los autores habían propuesto diversas teorías entendiendo que, o bien se trataba de una responsabilidad contractual[851] (tesis mayoritaria), o bien extracontractual[852]

[851] El art. 1591 CC se refiere a un supuesto de cumplimiento inexacto del contrato de obra por parte del contratista y los técnicos, que genera a favor del comitente el derecho a una indemnización. La responsabilidad procedente del mencionado precepto es contractual. En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., en Prólogo a la monografía de RUBIO SAN ROMÁN, J. I., *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, 1987, pág. 12; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "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*, Madrid, 1987, pág. 258; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (comentario a la STS de 1 de abril de 1977)", en *ADC*, 1978, pág. 672; "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos (comentario a la STS de 9 marzo de 1981)", en *ADC*, 1982, pág.924 y "Comentario a la STS de 17 de julio de 1990", en *CCJC*, núm. 24, septiembre-diciembre 1990, pág. 934; CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pág. 101; DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Madrid, 1981, pág. 127; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, pág.118; O`CALLAGHAN, MUÑOZ, X., "Contrato de obra. Responsabilidad por ruina", en *Actualidad Civil*, 1988, ref. 522, págs. 1692-1693; LUCAS FERNÁNDEZ, F., "Comentario al artículo 1591", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XX, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1986, pág. 277; LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 179 a 181. Es el caso de las de las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 (RJ 1510), 9 de junio de 1989 (RJ 4417), y 17 de julio de 1990 (RJ 5890). Es la teoría contractualista la que nos parece más acertada. En primer lugar, por la ubicación del precepto, dentro de la regulación del contrato de obra. En segundo lugar, la indemnización debida por el contratista y el arquitecto, frente al comitente, procede del incumplimiento de un contrato, y es que si un edificio se arruina es porque los responsables de la construcción han ejecutado defectuosamente las prestaciones que le incumben. Con independencia de que por vía de subrogación, entendamos que el subadquirente de la obra también está legitimado.

o, finalmente, de una responsabilidad que estriba en el origen legal[853] de las obligaciones, si bien, supletoriamente se le aplican los plazos de la responsabilidad contractual.

El artículo 17 LOE da nueva regulación de las responsabilidades en la construcción. Se trata de un precepto que se inserta en una Ley que, no regula, en concreto, el contrato de obra, sino distintos aspectos de la actividad de la edificación. Establece las exigencias técnicas y administrativas de la actividad, regula la recepción de la obra, la documentación que tiene que entregarse respecto a la obra ejecutada, las competencias de los agentes de la edificación, su responsabilidad, garantías exigibles para asegurar el cumplimiento de esas responsabilidades. Desde el punto de vista del Derecho privado, la virtualidad de la Ley es, que viene a completar una regulación del contrato de obra –la relativa a los vicios y recepción de la obra-, que se había manifestado, en su momento, tan escasa e insuficiente, que ya había motivado algún intento de reforma a través de la modificación del articulado del Código civil, en el Proyecto de 1994.

Lo que hace la Ley de ordenación de la edificación es conectar con ese sentir primigenio, que está en la base de la responsabilidad decenal, de que existe un interés público en que las obras de edificación duren en el tiempo, como una forma de protección, en este caso, de los consumidores y usuarios (cfr. arts. 51 y 53 CE). Se ha pasado, de la consideración del promotor como parte perjudicada por los vicios, en su calidad de comitente del contrato de obras, a su consideración como parte responsable, pues el

---

[852] Lo dispuesto en el artículo 1591 CC, es una concreción de la responsabilidad extracontractual o aquiliana regulada en los artículos 1902 y siguientes del Código civil. Quienes sostienen esta tesis consideran que sólo admitiéndola se puede coordinar y compatibilizar el art. 1591 con el 1909, y, al mismo tiempo, explicar la legitimación de los adquirentes de inmuebles defectuosos para ejercitar la acción derivada de aquel precepto, habida cuenta de que dichos compradores no han celebrado contrato alguno con el contratista y los técnicos. Tal es el parecer de GARCÍA CANTERO, G., "La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código civil", en *ADC*, 1963, pág. 1091; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, 1987, pág. 183 y SANTOS BRIZ, J., "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", en *RDP*, 1972, pág. 413.

[853] Por último, hay quien piensa que el art. 1591 establece obligaciones de origen legal, sancionando incumplimientos de la *lex artis*; y, en consecuencia, se afirma que la responsabilidad derivada del repetido precepto se desenvuelve al margen de cualquier vínculo contractual, por tener su causa en la misma ley. Así, FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1976, pág. 314; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, vol. I, Granada, 1983, págs. 195 y 223; NART, I., "Contrato de obra y empresa", en *RDP*, 1951, pág. 823; TORRALBA SORIANO, V., "Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1591 del Código civil", en *ADC*, 1970, pág. 139; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción (estudio del artículo 1591 del Código civil y su problemática actual)*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, págs. 74 y ss. También existen pronunciamientos jurisprudenciales que afirman el carácter legal de tal responsabilidad: SSTS de 28 de octubre de 1974 (RJ 4041), 14 de noviembre de 1984 (RJ 5552), 1 de junio de 1985 (RJ 3619), 9 de abril de 1990, 15 de julio de 1991.

promotor no es consumidor[854] en los términos que definen a éstos por la LCU en su artículo 1, ya que, por disposición expresa de la Ley, "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros", y esta es precisamente la actividad del promotor.

Si, por lo tanto, la nueva Ley ha configurado la responsabilidad decenal de una forma tan alejada del contrato de obra que uno de los posibles legitimados para ejercitarla, como es el promotor, pasa a ser considerado responsable, entonces es que la responsabilidad en la nueva Ley se configura desde parámetros alejados de los contractuales, y en beneficio, sobre todo, de los consumidores y usuarios, como una obligación legal de garantía[855].

El cuestionarse el carácter contractual de la responsabilidad que allí se establece, no se debe tanto al hecho de que la nueva regulación sobre los vicios esté inserta en una Ley especial, con importante contenido administrativo. La dificultad para considerar contractual[856] la responsabilidad del artículo 17 LOE, radica en que tal precepto señala la responsabilidad por vicios de los agentes intervinientes en la construcción, "sin perjuicio

---

[854] La circunstancia de que el promotor sea responsable a efectos de la LOE, y no se pueda equiparar al consumidor, no significa que la única finalidad de la nueva norma sea la protección de los consumidores, es decir, la LOE protege al propietario del edificio o parte del mismo, con independencia de que sea o no consumidor, en sentido jurídico. El hecho de que el destino del inmueble adquirido sea el uso empresarial, como ocurre si se trata de una nave industrial, de un edificio destinado a almacén, etc., no priva al propietario de la protección que le ofrece esta Ley.

[855] Igualmente, BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., "La responsabilidad civil de los agentes de la construcción", en *Garantías y responsabilidad en la Ley de ordenación de la edificación*, por SEOANE PRADO, J., BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., y COBO PLATA, J. J., Sepin, Madrid, 2000, pág. 48.

[856] Para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, se trata de una responsabilidad concebida por la Ley como compatible con el régimen general de una responsabilidad contractual. De ahí la referencia del art. 17 LOE a la compatibilidad con cualquier otro régimen: "sin perjuicio de ...". En este sentido desde la perspectiva de que en la compraventa de los edificios o parte de los mismos hay una especie de cesión de acciones contra los agentes de la edificación, se apunta que el art. 17 está regulando algunas responsabilidades contractuales, de manera que la cláusula "sin perjuicio de", tiene que referirse a otras responsabilidades diferentes de aquellas que se encuentren específicamente reguladas en la Ley. El carácter legal de esta responsabilidad es compatible con su naturaleza contractual, de acuerdo con el art. 1258 CC, que establece que los contratos obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (*La figura del promotor en la Ley de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 142). Otros autores que consideran que la responsabilidad del artículo 17.1 LOE es contractual: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", en *ADC*, fasc. II, abril-junio 2000, pág. 445. Igualmente SANTOS MORÓN, M.ª J., "Comentario del artículo 17 LOE", en *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, dirigidos por Luciano Parejo Alfonso, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 324-325, que considera que el hecho de que la responsabilidad por defectos en la construcción venga impuesta legalmente, no excluye su carácter contractual. Lo que ha pretendido el legislador con la LOE es imponer una garantía legal de calidad de las edificaciones, englobando en este concepto de calidad, tanto la seguridad estructural como el bienestar de las personas.

de sus responsabilidades contractuales", lo que hace pensar que las responsabilidades que la mencionada norma contempla no son responsabilidades contractuales[857]. A lo anterior se une, que se proclama la legitimación activa del subadquirente contra los agentes intervinientes en la edificación con los que no ha contratado directamente, y contra el promotor, en función de la posición de garante en que la Ley lo sitúa, es por ello que se duda que tal responsabilidad pueda tener una inspiración contractual, sino más bien extracontractual[858] o legal.

Nos parece que dado que la LOE señala expresamente que el régimen de las obligaciones y responsabilidades que diseña es distinto y compatible con las obligaciones y responsabilidades de origen contractual, se puede afirmar que el tipo de responsabilidad que traza la LOE se caracteriza por su naturaleza legal[859]. Dado su carácter legal, este

[857] Para ÁLVAREZ OLALLA, se trata de una responsabilidad mixta, contractual y extracontractual, sin terminar de adecuarse a ninguno de los moldes en concreto, como ocurre con la responsabilidad por productos defectuosos. Qué duda cabe que su origen está en el contrato. No es derecho de daños puro, pero sus consecuencias consiguen despegarse tanto de la esfera estrictamente contractual, que parecen cobrar independencia y vida propia, y surgir, ya no del contrato, sino del principio general de "no dañar". (*La responsabilidad por defectos en la edificación* ..., op. cit., pág. 43).

[858] También se apunta la naturaleza extracontractual de la citada responsabilidad, establecida a favor de quien sufre un daño concreto, esto es, el material causado al edificio por los vicios y defectos que señala el artículo 17.1 LOE, y que no requiere la previa existencia de un vínculo contractual entre el agente causante del daño y quien lo sufre. Se decanta por la consideración de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., "La responsabilidad de los agentes de la edificación después de la entrada en vigor de la Ley de ordenación de la edificación", en *Revista Carta Civil*, núm. 8, junio 2000, pág. 30, en base a que se establece con claridad "sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...". Además la califica de objetiva, puesto que no se eximen de ella las personas que intervienen en el proceso de edificación demostrando que emplearon la diligencia necesaria; sólo se exoneran cuando se pruebe que los daños fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de un tercero o por el propio perjudicado, es decir, cuando se interrumpa el nexo causal. También la considera extracontractual ALARCÓN FIDALGO, J., "La Ley de ordenación de la edificación: la responsabilidad civil de los agentes y su aseguramiento. Aspectos procesales", en *Revista Española de Seguros*, núm. 101, enero-marzo 2000, pág.105. Igualmente JIMÉNEZ CLAR, A. J., "El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 2001-1, pág. 24. En el mismo sentido, CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., 2000, pág. 314.

[859] Por su parte, CARRASCO PERERA, "La insistente recurrencia de un falso problema:¿está derogado el artículo 1591 del Código civil?", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 454, 28 de septiembre, 2000, pág. 6: señala que las responsabilidades que establece el artículo 17 LOE no son propiamente extracontractuales, sino una responsabilidad legal, que se independiza de la fuente contractual o extracontractual que sería procedente entre las partes afectadas. También SIERRA PÉREZ, I., "La responsabilidad en la construcción y la Ley de ordenación de la edificación", en *RdP*, núm. 3, 1999-2, pág. 126. Igualmente se pronuncia por el carácter legal, PRENDES CARRIL, P., "El artículo 1591 CC tras la nueva Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación. Vigencia o derogación. Especial consideración a la ruina funcional", en *Repertorio de Aranzadi*, núm. 1, abril 2001, pág. 17: pues su exigibilidad viene expresa y específicamente sancionada por la Ley, con sus propias características o privilegios, inversión probatoria, objetivación de la responsabilidad, plazos de garantía, legitimación, etc.; además, es autónoma e independiente y perfectamente compatible con el resto de acciones propiamente contractuales y/o extracontractuales que converjan en el haz de hechos y relaciones jurídicas que nutren el proceso edificatorio. En el mismo sentido CASTRO BOBILLO, J. C., "Del artículo 1591 del CC a la Ley de ordenación de la edificación", en *Actualidad Civil*, 2001, referencia XVII. Por su parte, GARCÍA CONESA, considera que la responsabilidad que establece la LOE no es una responsabilidad contractual pura, que la misma Ley

régimen es de carácter necesario e indisponible para quienes intervienen en el proceso constructivo, lo que encuentra su justificación en haber sido establecido en beneficio de un tercero, el futuro adquirente del inmueble y con unos plazos de prescripción propios determinados en el artículo 18 LOE. Además se puede afirmar el carácter legal de la responsabilidad contenida en el art. 17 LOE, porque se trata de una responsabilidad que nace del incumplimiento por los intervinientes en el proceso de la edificación de las obligaciones que expresamente les impone la Ley, independientemente de las obligaciones contractuales asumidas por cada uno de ellos. Responsabilidad que surge incluso a favor de quienes no han contratado con el sujeto obligado y que no puede ser modificada, ni en cuanto a los sujetos responsables ni en cuanto a los supuestos de hecho de que nace; serán nulos los acuerdos de las partes que exoneren o limiten la responsabilidad de los intervinientes en la construcción. La calificación de esta responsabilidad como legal encuentra apoyo en el interés general que inspira la regulación legal del proceso constructivo en todos sus aspectos y que pone de relieve la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea[860], cuando declara que "la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones, su inserción armoniosa en el entorno, el respeto de los paisajes naturales y urbanos, así como el patrimonio colectivo y privado, revisten un interés público".

B) Incumplimiento consistente en una prestación defectuosa que produce anomalías constructivas en el edificio y genera la responsabilidad prevista en el artículo 17 LOE.

En principio, hay incumplimiento del contrato de venta, cuando la vivienda ejecutada y entregada que recibe el adquirente no se ajusta a lo pactado (distribución, cantidad, condiciones y calidades convenidas), si la entrega no se realiza en el tiempo previsto, o bien presenta defectos constructivos. Ahora bien, los defectos constructivos, aparte de suponer un incumplimiento contractual, generan el régimen propio de

---

excepciona, ni propia extracontractual, sino legal o *ex lege* basada en el quebranto de la *lex artis* (vid. "Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación", en *RJC*, núm. 2, 2001, págs. 44-45), también, SIFRE PUIG, R. F., "Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación dela edificación...", en op. cit., pág. 124. GÓNZALEZ POVEDA, P., "Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación", en *Derecho de la edificación*, coordinador SALA SÁNCHEZ, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 240.

[860] Directiva 85/384/CEE, del Consejo de 10 de junio de 1985, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la arquitectura, que incluye medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios (DOCE, n.º L223, de 21 de agosto). Esta Directiva, entre una larga exposición de Considerandos, relativos a la conveniencia de la armonización de legislaciones en aspectos netamente competenciales y profesionales, incluye uno, en el que apela, entre otros, a genéricos objetivos de calidad en las construcciones, de los que afirma que revisten un interés público.

responsabilidad del art. 17 LOE. Dado que nos estamos refiriendo a un supuesto especial de responsabilidad civil, no cabe duda de que es presupuesto esencial la existencia de unos daños y perjuicios indemnizables, que deriven del incumplimiento. Sobre este tema, se suele considerar que la simple presencia de los defectos de construcción implican un daño, es, por ello, que en la práctica es frecuente identificar los defectos de construcción del edificio con el término "daño", asimilando la consecuencia con el vicio que la produce[861]. Quizá con ello se pretenda aludir, por una parte, a los defectos de terminación y acabado, donde el vicio no se refiere a elemento constructivo alguno, sino a la ejecución de la actividad constructiva y, por otra parte, a los vicios de habitabilidad, donde puede haber lugar a responsabilidad por el mero incumplimiento de los requisitos normativos de esta misma naturaleza, sin que sea necesario que ello provoque un desperfecto material y físico en el edificio[862]. Desde esta óptica, se comprende que algún autor haya entendido que la responsabilidad, además de a los daños alcanza, naturalmente, a los propios vicios[863]. En cualquier caso, no se debe de olvidar, como indica CARRASCO[864], que el daño material no es equiparable a la existencia de un desperfecto, deterioro o destrucción física de la construcción o alguno de sus elementos, sino que se identifica con la necesidad de invertir en costes de reparación para recuperar, así, el uso pleno de la cosa.

Una de las principales novedades de la LOE, es que el artículo 17 viene a reducir considerablemente los daños que eran indemnizables al amparo del art. 1591 CC. Así, según dispone esta nueva norma sólo son resarcibles los daños materiales ocasionados en el edificio por los diferentes vicios o defectos que en el precepto se especifican, estableciendo distintos plazos de garantía según la naturaleza del vicio causante del daño; mientras que la norma codificada impone la responsabilidad decenal por los daños y

[861] Si bien, como bien especifica GÓMEZ DE LA ESCALERA, no debe confundirse el daño con el defecto de construcción, pues, en rigor, son cosas distintas, ya que mientras aquél es el efecto, éste es la causa. Además, el concepto de daño es más amplio que el defecto de construcción, pues no sólo abarca el defecto o anomalía constructiva propiamente dicha, que afecte al edificio, sino todas las consecuencias perjudiciales que se derivan de la misma para el propietario de éste, tales como la pérdida de beneficios o lucro cesante producido por la imposibilidad o dificultad de utilizar la edificación afectada, los gastos o daño emergente ocasionados por la presencia del defecto de construcción (importe de obras de reparación del edifico, gastos de traslado y alquiler de otro), así como el llamado daño moral que tenga su causa en el defecto de construcción del edificio (vid. *La responsabilidad civil de los promotores*..., op. cit., págs. 190-191).

[862] COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación", en op. cit., pág. 585.

[863] REGLERO CAMPOS, F., "Responsabilidad civil en la edificación", en AAVV, *Lecciones de responsabilidad civil*, coordinados por el propio F. Reglero, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 352.

[864] Vid. "Comentario al artículo 19 de la LOE", en op. cit., pág. 402; también COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación...", en op. cit., pág. 585.

perjuicios causados por la ruina de un edificio, tanto por vicios de la construcción como por vicio del suelo o de la dirección. En efecto, atendiendo a la doctrina jurisprudencial recaída sobre esta norma del Código civil, el plazo de garantía decenal se aplicaba a cualquier defecto ruinógeno que, por exceder de las imperfecciones corrientes, se considerase grave y excesivo, de tal forma que el concepto de ruina no se restringía al derrumbamiento total o parcial del inmueble, sino que se ampliaba a los vicios que hacían la edificación inútil para su finalidad o que incidían en la habitabilidad del mismo (ruina funcional), así como a los graves defectos que hicieran temer por la pérdida futura del inmueble (ruina potencial). La interpretación extensiva del concepto de ruina, garantizaba al perjudicado la acción de responsabilidad para obtener el resarcimiento de los daños causados, con independencia de cuál fuese el vicio que los originase, siempre que éste se exteriorizara dentro del plazo de diez años a contar desde la terminación de la obra.

En cambio, en el sistema previsto por la LOE, los diferentes vicios constructivos que especifica el art. 17 (defectos estructurales, de habitabilidad y de acabado), determinan un nuevo sistema de responsabilidad, pues frente al plazo de garantía decenal del Código civil, se establecen plazos de diez, tres y un año, durante los cuales han de aparecer los daños materiales causados por los defectos constructivos. Es lo cierto que las distintas anomalías constructivas que padece un edificio son susceptibles de causar diferentes daños al propietario[865]: la necesidad de invertir costes en la reparación para recuperar el uso pleno de la edificación; la pérdida de beneficios económicos como consecuencia del defecto constructivo; la lesión sufrida por otros bienes distintos del edificio o, el coste efectivo del bien de reemplazo. Cuando la LOE recalca que sólo son resarcibles los daños materiales causados al edificio, esto significa que sólo están sujetos al régimen de responsabilidad de la LOE, y también al seguro obligatorio del art. 19 LOE, los costes de reparación de la materialidad de la obra. De esta forma, no son resarcibles conforme a la LOE, muchos de los daños que sí lo eran con arreglo al art. 1591 CC, pues el Tribunal

[865] Así, quedan excluidos del ámbito de la LOE, los daños morales y los corporales. Los daños morales se suelen identificar, en la práctica, con el sufrimiento psíquico que conllevan algunos perjuicios patrimoniales provocados por los defectos constructivos, o incluso, con las repercusiones que en el ámbito psico-afectivo producen las incomodidades, angustias, molestias, intranquilidades y perturbaciones que, con frecuencia, son inherentes a los daños materiales derivados de vicios de construcción. En cuanto a los daños corporales, quedan descartados los que sufra el propietario o usuarios que habiten el edificio o cualquier tercero ajeno al proceso constructivo (v. gr. un viandante); así como el lucro cesante y ciertas partidas del daño emergente. Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª ed., Dilex, Madrid, 2000, pág. 281; también COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación", en *RDP*, septiembre-octubre 2003, págs. 566-567.

Supremo siempre entendió que las acciones de responsabilidad por ruina eran susceptibles de tutelar cualquier interés del perjudicado que hubiera podido ser menoscabado por el vicio o defecto ruinógeno[866].

Por otro lado, no todo coste de reparación material del edificio que el propietario tuviera que acometer por causa de los vicios o defectos constructivos constituye un daño sujeto al régimen de responsabilidad de la LOE. Para ello, es necesario que el daño en cuestión pueda ser incluido en alguna de las tres categorías del artículo 17 LOE, que distingue tres plazos diferentes, durante los cuales deben haberse producido tales daños, como consecuencia de la concurrencia de distintos tipos de vicios o defectos, en función de a qué elementos de la edificación afecten los mismos.

a) Los defectos estructurales.

En primer lugar, los agentes de la edificación responden por los daños causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. Tales vicios pueden aparecer en un plazo de diez años, de acuerdo con el art. 17.1.a) LOE; es decir, el perjudicado podrá ejercitar la acción de responsabilidad, si durante el plazo de garantía aparecen daños derivados de vicios constructivos de especial gravedad que afecten a elementos fundamentales para la seguridad de la edificación y presenten un riesgo potencial para la estabilidad de la misma.

En principio, se podría entender, con arreglo a la nueva normativa[867], que sólo puede haber responsabilidad decenal en relación con aquellas unidades de obra que tienen

[866] No pocas sentencias del TS (ente otras vid. SSTS 29 de noviembre de 1985 [RJ 5916], 20 de marzo de 1991 [RJ 2419], 6 de abril de 1994 [RJ 2940], 22 de noviembre de 1997 [RJ 8097], 18 de junio de 1998 [RJ 5064], 29 de enero de 1999 [RJ 7]), en la materia declaraban la obligación del sujeto responsable de proceder al resarcimiento íntegro de los daños y perjuicios causados, comprendiéndose, en el ámbito de la reparación no sólo los daños materiales ocasionados en el edificio, sino también los morales, los indirectos y los secuenciales.

[867] En este sentido vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª ed., Dilex, Madrid, 2000, pág. 283; CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en op. cit., págs. 303 y 308; CARRASCO BARRANCO, C. y RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., "Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I)", en *La responsabilidad civil en la Ley de ordenación de la edificación*, coords. RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M. y MORENO TORRES, M.ª L., Comares, Granada, 2002, págs. 47-48: aunque en un principio, excluyen de la aplicación del plazo de garantía decenal a los daños causados por defectos en instalaciones fijas, equipos propios y elementos de urbanización del edificio, posteriormente, consideran que no resulta del todo descartable su inclusión, en aquellos casos en que el daño tenga su origen en un elemento estructural.

elementos estructurales cuyos defectos sean susceptibles de comprometer su estabilidad. Esta limitación legal supone que sólo los edificios, en sentido estricto, pueden tener defectos estructurales. Los elementos constructivos que carezcan de tales elementos (*v. gr.* las instalaciones fijas, el equipamiento propio y la urbanización adscrita al edificio) nunca pueden tener comprometida su estabilidad por causa de defectos que afecten a elementos estructurales (inexistentes, por hipótesis), por lo que los daños por sus defectos constructivos, por mucho que determinen la inutilidad del elemento en cuestión, no están sujetos a garantía decenal, sino, en su caso, a los plazos de garantía trienal o anual del art. 17.1. b) LOE.

Sin embargo, dado que el art. 2.3 LOE, extiende el concepto de edificación a sus instalaciones fijas, equipamientos propios y elementos de urbanización adscritos, en principio, podría pensarse que, sería indiferente[868] que el daño causado por un vicio constructivo se localizase, exclusivamente, a la edificación principal o únicamente a esas infraestructuras accesorias como partes integrantes de la misma. En ambos casos, estaríamos ante daños materiales ocasionados en el edificio, los cuales serían resarcibles conforme al particular régimen de responsabilidad, contenido en la LOE, siempre que se produzcan en los plazos legales y por las causas del art. 17.1. Sí es necesario resaltar que la Ley exige que el vicio constructivo afecte a elementos estructurales. Entiende COLINA GAREA[869], que la utilización del verbo "afectar", significa que bajo el ámbito de aplicación del art. 17.1.a), LOE, quedan comprendidos, tanto los daños materiales que se localicen en elementos estructurales, como aquellos daños materiales causados por vicios que se originen en otro tipo de elementos constructivos, distintos de los estructurales, pero

[868] Así, COLINA GAREA, considera que la determinación de los plazos de garantía no depende del daño *per se*, sino del concreto defecto que lo origina, en este sentido, puede haber defectos que aunque se localicen en las infraestructuras accesorias, afecten a elementos estructurales del edificio, aunque no tenga su origen en los mismos, y que tal afección, además comprometa la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. También cabe la posibilidad de que el daño material ocasionado en las instalaciones fijas o equipos del edificio, traiga causa de un vicio que afecte o se origine en sus elementos estructurales comprometiendo directamente la estabilidad, pudiendo activarse, en ambos casos, la garantía decenal (vid. "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación...", en op. cit., págs. 580-581).

[869] Utiliza distintos argumentos: a) No considera importante la discordancia existente entre la literalidad de los 17.1.a), 3.1.b).1, y 19.1.c) LOE, (el primero menciona que "afecten", los otros dos, que "tengan su origen o afecten"), pues se trata de una equivocación, todavía no corregida, que surgió durante la tramitación parlamentaria, a propósito de una enmienda que propuso suprimir la expresión "tengan su origen". b) El art. 19.9.g), LOE, que considera cubiertos por el seguro, allí regulado, los daños que tengan su origen en un incendio o explosión por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio. c) De no admitir esta interpretación, se estaría restringiendo, drásticamente, el ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad regulada en la LOE, en detrimento de la protección de los propietarios y adquirentes de los edificios (vid. COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación...", en op. cit., págs. 587-589).

siempre que repercutan o afecten a elementos de naturaleza estructural. Es por ello, que se ha considerado errónea[870], aunque muy expresiva, la denominación "defectos estructurales", porque tales defectos pueden ser ajenos a la estructura, siendo lo decisivo que repercuta en ella, perjudicándola. Por otra parte, la concurrencia de un vicio estructural y el compromiso de estabilidad son requisitos cumulativos[871] para que haya lugar a responsabilidad *ex*. art. 17.1.a).

b) Los defectos de habitabilidad.

Quienes intervienen en el proceso constructivo también responden de los daños materiales causados en el edificio por los vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del artículo 3.1.c) LOE, en la edificación durante tres años. A diferencia de lo que sucede con los daños por defectos estructurales, la habitabilidad a la que se refiere el art. 17.1.b), no está referida sólo al edificio en sí, sino también a las instalaciones fijas, equipamientos propios y elementos de urbanización adscritos al edificio.

Los requisitos de habitabilidad cuyo incumplimiento determina la responsabilidad trienal son los referidos a las medidas de higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio, y que éste no deteriore el medio ambiente, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos (c.1). También las medidas de protección contra el ruido[872] (c.2) y las de ahorro y aislamiento térmico (c.3). El incumplimiento de muchas

[870] En este sentido, CASTRO BOBILLO, J. C., "Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Actualidad Civil*, núm. 12, del 19 al 25 de marzo de 2001, referencia XVII, pág. 425.

[871] La concurrencia de ambos requisitos resulta también de la voluntad del legislador, "y que comprometan", pues la conjunción "y", no figuraba en el Proyecto de Ley remitido a las Cortes y fue introducido a lo largo de la tramitación parlamentaria, mediante una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (enmienda núm. 167, *BOCG, Congreso*, Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999), que fue justificada argumentado que se trataba de una mejora técnica para clarificar que la cobertura decenal se refiere a daños materiales que cumplen dos condiciones: la primera, tener su origen o afectar a los elementos estructurales allí reseñados, y la segunda, que comprometan directamente la resistencia y la estabilidad del edificio (en este sentido vid. CASTRO BOBILLO, J. C., "Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Actualidad Civil*, núm. 12, del 19 al 25 de marzo de 2001, referencia XVII). También CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª ed., Dilex, Madrid, 2000, pág. 283; del mismo modo, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 115 a 121. Igualmente COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación...", en op. cit., págs. 589-590.

[872] En la medida en que el cumplimiento de la normativa sobre aislamiento acústico constituye un requisito de habitabilidad, cuyo incumplimiento origina un defecto constructivo, sujeto a un plazo de 3 años de garantía, y dos de prescripción, del que responden todos los agentes que intervienen en el proceso de construcción, no entendemos muy bien el siguiente texto, contenido en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre,

de estas medidas no generará, normalmente, daños materiales, salvo las humedades y filtraciones por defectos de estanqueidad, por lo que la responsabilidad de los intervinientes en la obra habrá de consistir en proporcionar al edificio los elementos necesarios para que se pueda conseguir el cumplimiento de tales requisitos[873]. Es la cláusula residual que utiliza el art. 3.1.c.4), la que permite entender que habrá lugar a responsabilidad si cualquier elemento constructivo presenta vicios o defectos que impiden su uso satisfactorio. Se trata de la clásica ruina funcional[874], esto es, la que sin comprometer la estabilidad del inmueble, afecta a la calidad o a las condiciones de uso o habitabilidad del edificio, si bien, con una importante reducción del plazo de garantía, ya que al amparo del art. 1591 CC, esta ruina funcional estaba amparada por la garantía decenal que establecía este precepto de nuestro Código civil.

Dado la indeterminación de estos conceptos jurídicos, el legislador se ha visto en la necesidad de establecer un sistema objetivo que permitiera conocer cuándo el uso del edificio puede considerarse satisfactorio, adecuado o aceptable, independientemente de la sensibilidad, tolerancia y demás condiciones personales de cada usuario. Y lo ha hecho fijando como parámetro la normativa administrativa de obligado cumplimiento. Quedarán satisfechos los requisitos de habitabilidad cuando se cumplan las prescripciones del Código Técnico de la Edificación, dado que éste contiene las normas que establecen las exigencias de calidad de los edificios y permiten el cumplimiento de los requisitos de seguridad y habitabilidad exigidos por el artículo 3 LOE. La existencia o inexistencia de vicios constructivos viene, pues, formalmente determinada por el incumplimiento o el cumplimiento del Código Técnico de la Edificación y, en tanto se apruebe éste, por el de las Normas Básicas de la Edificación y de las demás reglamentaciones técnicas de

---

del Ruido (BOE, núm. 276, de 18 de noviembre), cuya Disposición Adicional Quinta, establece: "a efectos de lo dispuesto por los artículos 1484 y siguientes del Código civil, se considerará concurrente un supuesto de vicios o defectos ocultos en los inmuebles vendidos determinante de la obligación de saneamiento del vendedor en el caso de que no se cumplan en aquéllos los objetivos de calidad en el espacio interior fijados conforme al artículo 8.3 de esta Ley". El párrafo tercero, del art. 8 al que se remite, que contempla la fijación de objetivos de calidad acústica, establece: "el Gobierno fijará objetivos de calidad aplicables al espacio interior habitable de las edificaciones destinadas a viviendas, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales". Sobre contaminación acústica y su relación con el saneamiento con vicios ocultos, vid. SAP de Badajoz, de 13 de febrero de 1997 (AC 346).

[873] CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 19 de la LOE", en op. cit., pág. 402; GONZÁLEZ CARRASCO, C., "Comentario del artículo 3 de la LOE", en op. cit., pág. 81; COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación...", en op. cit., pág. 595.

[874] ÁLVAREZ OLALLA, P., *La responsabilidad por defectos en la edificación (el Código civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación)*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 67-68. También COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación", en op. cit., pág. 593.

obligado cumplimiento[875]. Esta remisión plantea ciertos interrogantes[876]: ¿basta que se haya incumplido la normativa básica sobre edificación para entender que se ha producido un daño que implica el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, de forma que pueda exigirse resarcimiento conforme a lo establecido en la LOE? Si, por el contrario, al realizar la construcción, se han observado las normas básicas de la edificación pero, no obstante, se producen daños que no afecten a la resistencia mecánica o estabilidad del edificio, ¿estaremos ante daños que suponen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad que debe reunir la edificación?

Respecto de la primera cuestión, en la medida en que se considera como defecto de habitabilidad el mero incumplimiento de la normativa técnica relativa a estos extremos, se estaría ampliando el ámbito objetivo de aplicación de la llamada ruina funcional, pues el art. 17.1.b), LOE permitiría exigir responsabilidad respecto a determinados daños que no eran susceptibles de ser resarcidos ni reparados conforme al régimen del artículo 1591 CC (por ejemplo, la simple falta del debido aislamiento acústico). En segundo lugar, si bien es cierto que el acatamiento de la normativa técnica relativa a los requisitos de habitabilidad es el primer presupuesto objetivo-funcional que siempre deberá concurrir para que el edificio pueda ser utilizado satisfactoriamente, en la práctica, puede llegar a existir un vicio constructivo que repercuta negativamente en las condiciones de habitabilidad del edificio impidiendo un uso adecuado del mismo con arreglo a su destino, aun cuando su construcción se hubiese llevado a cabo respetando las normas técnicas dela edificación, daños materiales que serían también resarcibles, en base al art. 3.1.c).4 LOE[877].

[875] Como estas normas pueden provenir de la Administración Estatal, Autonómica o Local, los requisitos básicos de los edificios pueden ser diferentes en cada lugar y, por consiguiente, también lo serán las responsabilidades de quienes intervengan en el proceso constructivo (en este sentido cfr. CASTRO BOBILLO, J. C., "Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Act. Civil*, núm. 12, del 19 al 25 de marzo de 2001, referencia XVII).

[876] En este sentido, vid. SANTOS MORÓN, M.ª J., "Comentario del artículo 17 LOE", en op. cit., pág. 335.

[877] Así lo pone expresamente de relieve, COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación...", en op. cit., págs. 595-596. También SANTOS MORÓN, M.ª J., "Comentario del artículo 17 LOE", en op. cit., pág. 335.

c) Los defectos de acabado[878].

Para concluir, respecto de los daños materiales causados por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, el artículo 17.1, *in fine*, establece que responde el constructor[879], en el plazo de un año. Algún autor[880] ha considerado que estos defectos de acabado se refieren a las deficiencias en las superficies o revestimientos que exclusivamente afectan al ornato o las imperfecciones en los remates, cuya trascendencia es puramente estética no perjudicando a la seguridad ni a la habitabilidad del edificio. Por el contrario CORDERO LOBATO[881] estima que las deficiencias de índole estética deben calificarse como incumplimiento de los requisitos de habitabilidad exigidos por el artículo 3.1.c.4) LOE, porque estas utilidades estéticas constituyen el único aspecto funcional de ciertos elementos constructivos.

Pensamos que una mejor explicación sobre los defectos de acabado, es la que nos ofrece COLINA GAREA[882], que ante la indeterminación de los términos en que se expresa el párrafo segundo del art. 17.1.b), LOE, y puesto que se exige que el daño sea causado por un defecto de ejecución, esto implica, a diferencia de lo que sucede con los vicios estructurales y con los de habitabilidad, que en la garantía anual, el defecto ya no se

[878] El artículo 1792.6, del *Code civil* francés, recoge la garantía de perfecta terminación, en virtud de la cual el contratista responde de todos los desperfectos, a excepción de los que tengan su causa en el uso o el desgaste normal, que presente la obra que, aparecidos antes de la recepción, sean señalados por el propietario de la obra mediante las oportunas reservas en el proceso verbal de recepción, o bien, que aparecidos dentro del año siguiente a la recepción, sean comunicados al contratista por medio de la correspondiente notificación escrita. La garantía de perfecta terminación se establece en contra del contratista, y no de las otras personas consideradas como constructores en el artículo 1792.1 (este precepto considera como constructor al arquitecto, técnicos y demás personas ligadas por contrato de arrendamiento de obra con el "maître de l´ouvrage", la persona que vende, después de la terminación, una obra que ella ha construido o hecho construir, ...), y a favor del propietario de la obra.

[879] La cita del constructor como responsable, no excluye la solidaridad en todo caso del promotor, ni supone una excepción del principio de individualización de la responsabilidad puesto que, junto con el constructor, pueden concurrir otros agentes, como el aparejador, por no efectuar una inspección de los materiales a emplear ni sus controles de calidad (manifestaciones de GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor...", en op. cit., pág. 2707). También MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, considera que el promotor responde solidariamente ante los adquirentes de viviendas (vid. *La figura del promotor*..., op. cit., págs. 97-98).

[880] Cfr. CASTRO BOBILLO, J. C., "Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Act. Civil*, núm. 12, del 19 al 25 de marzo de 2001, referencia XVII.

[881] Vid. CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en op. cit., pág. 310.

[882] De forma gráfica, COLINA GAREA, utiliza los siguientes ejemplos: se podrá reclamar responsabilidad, no sólo porque se nos entregue una vivienda sin alguna de las puertas de sus habitaciones, sino también, cuando dichas puertas no cierren o abran adecuadamente. Como ejemplo, en el que los defectos de terminación no equivalen al carácter incompleto o acabado de la labor constructiva, sino a su terminación completa, pero incorrecta, cita la disposición irregular de los azulejos respecto a los adornos estéticos que éstos tengan, los interruptores de la instalación eléctrica que funcionan correctamente, pero que han sido colocados de manera torcida, las puertas correderas de los armarios empotrados que cierran mal, el parquet defectuosamente barnizado. Vid. "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación...", en op. cit., págs. 597-598.

predica, objetivamente, de un elemento constructivo o de las instalaciones del edificio, sino que se refiere a la realización de la actividad de construcción, en sí misma considerada. La anomalía debe presentarse en la ejecución de la actividad constructiva., además se precisa que la defectuosa tarea de construcción afecte a los elementos de terminación y acabado de las obras. Aunque la Ley utilice el término "elementos", para aludir a los conceptos de "terminación y acabado", no puede concebirse, legalmente, con la finalidad de individualizar determinados elementos constructivos del edificio, sino para identificar una concreta y específica fase del proceso de construcción de una edificación. Así pues, de las múltiples anomalías que pueden surgir en el desarrollo de la actividad constructiva, el supuesto que estamos comentando, se aplica única y exclusivamente a aquellos defectos que, se localizan en la ejecución de los concretos aspectos relativos a su remate, consumación y finalización[883]. Dado que la Ley tampoco concreta cuál ha de ser el sentido en que el vicio de ejecución debe afectar a la terminación o acabado de la actividad constructiva, el autor ya citado entiende que los aspectos de terminación y acabado de la labor de construcción se podrán considerar afectados, no sólo cuando la anomalía ejecutiva impida que aquélla pueda finalizarse y consumarse por entero, sino también cuando haya concluido totalmente, pero de manera imperfecta, debido a la concurrencia de un defecto de ejecución que imposibilita, no su completa, sino su correcta terminación.

Por lo tanto, la incorporación a la LOE, de la garantía anual para los defectos de terminación y acabado constituye una medida normativa completamente nueva[884] y, previamente inexistente, que contribuye a ampliar el ámbito objetivo de aplicación del régimen de responsabilidad por vicios constructivos en la edificación, puesto que se

[883] Los estudiosos de este tema concretan esta garantía del art. 17.1, *in fine*, afirmando que no constituye una garantía de perfecta terminación, como la que existe en el Derecho francés, pues la regla no cubre cualquier falta de conformidad, sino sólo los defectos en elementos de terminación o acabado causados por vicios de ejecución, es por ello que la LOE no convierte al constructor en garante incondicional de la perfecta terminación de la obra. Además, la norma no exige que el daño tenga que repercutir negativamente en alguna utilidad del edificio. El problema de todo esto, es que la LOE no dispone qué son elementos de terminación o acabado, por ello deberá entenderse el acabado de la labor constructiva de cualquier elemento del edificio, sin que necesariamente tengan que afectar a elementos individualizables y con independencia de la fase constructiva en la que los mismos se hayan ocasionado (esto es, no tienen por que haberse producido al final del proceso constructivo); vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 284; CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en op. cit., págs. 311-312.

[884] La doctrina no ha dudado en calificarla de esta manera. Así, vid. HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 191 y 197; FEMENÍA LÓPEZ, P. J., *Responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 108; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 467; COLINA GAREA, R., op. cit., pág. 599. También SANTOS MORÓN, M.ª J., "Comentario del artículo 17 LOE", en op. cit., pág. 336.

extiende su campo de actuación a todo un conjunto de anomalías que, antes, quedaban excluidas del radio de acción de una garantía decenal limitada al marco de los vicios ruinógenos, la ruina potencial y la ruina funcional, por lo que los compradores y sucesivos adquirentes únicamente podían ejercitar contra el promotor las acciones estrictamente contractuales (vicios aparentes no causantes de ruina) o las acciones del artículo 1484 y ss. CC (vicios ocultos no causantes de ruina) [885].

d) Plazos de ejercicio de las acciones.

a´) Plazo de garantía.

El plazo de garantía es aquel durante el cual debe manifestarse el daño para que el mismo sea resarcible conforme al art. 17 LOE. La LOE ha establecido tres plazos diversos de garantía en función del tipo de daño: diez años, para los daños materiales causados por defectos estructurales y que comprometan directamente la resistencia y estabilidad del edificio (*ex* art. 17.1.a); tres años para los daños materiales causados en el edificio por defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de ciertos requisitos de habitabilidad (*ex*. art. 17.1.b); y un año para los daños materiales por defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras (*cfr*. art. 17.1.b. *in fine*).

Estos plazos se cuentan desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas (arts. 17.1, 6.2.d, y 6.5 LOE). Hay que decir que la LOE no resuelve algunas de las objeciones planteadas por aquel sector de la doctrina que estimaba que la recepción de las obras no podía constituir el punto de partida del plazo de

[885] Caben incumplimientos, cuando la obra tiene defectos sin dejar de servir a su finalidad, en particular, sin llegar a la situación de ruina. Es el caso de los defectos de construcción no ruinógenos, respecto a su régimen jurídico, para unos la recepción sin reservas purga todos los defectos, a excepción de los protegidos por el art. 1591; otros autores entienden que la recepción sin reservas sólo purga los defectos aparentes, quedando subsistente la responsabilidad por los defectos ocultos, pero sin ponerse de acuerdo sobre el régimen de responsabilidad aplicable en este supuesto. La STS de 29 de enero de 1991 (RJ 345), resume las distintas soluciones propuestas: entender, en primer lugar, que se trata de vicios ocultos aplicando, por analogía el art. 1490 CC. Pero el origen de las acciones edilicias (relativas a bienes muebles y animales) y el hecho de que éstas sancionan un tipo específico de incumplimiento, el de la obligación de dar cosa sin defectos ocultos. Mientras la infracción del contrato de obra representa un incumplimiento distinto, "hacer mal lo que se debió hacer bien", hacen que se deseche su aplicación. Una segunda vía, un tanto ingeniosa, con base en la teoría del error en la sustancia, consiste en entender anulado el proceso de recepción de la obra, dentro del plazo de cuatro años del art. 1301 CC, anulada la recepción, el comitente podrá ejercitar las pretensiones que le convinieran en el plazo ordinario de quince años. Y por último, considerar que existe un cumplimiento defectuoso o incorrecto de las obligaciones del contratista, aplicando la regulación general de las obligaciones y contratos de los artículos 1091, 1098, 1101, 1116 y 1258 CC.

garantía[886]. Tal y como está configurado en la Ley, el acto de recepción presupone la existencia de un único contrato de obra, de modo que no puede haber recepción cuando coincidan la figura del promotor y la del constructor, o bien, cuando no haya un contratista principal por haberse encomendado a varios la ejecución de las diferentes unidades de obra o haberse producido la sucesión de varios contratistas en la obra, en cuyo caso se producirán múltiples recepciones parciales. Inexistente, en estos casos, la recepción única que contempla la Ley, habrá que entender que el plazo de garantía comienza a partir de la fecha de la conclusión de las obras que aparezca consignada en el certificado final de las mismas, pues es la terminación de éstas, el hecho determinante de la finalización del proceso edificatorio y carece, en estos casos, de sentido el plazo que la Ley concede para efectuar la recepción, al no resultar preciso realizar las labores de verificación y aprobación de la obra[887].

b´) Plazo de prescripción de la acción indemnizatoria del artículo 18.1 LOE: el *dies a quo*.

Dado lo que dispone el art. 18.1 "las acciones para exigir la responsabilidad... prescribirán en el plazo de dos años, a contar desde que se produzcan dichos daños...", lo más destacado es determinar el momento inicial del cómputo del plazo bienal, debido a la expresión "se produzcan" que utiliza el precepto citado. También llama la atención la reducción[888] que ha supuesto este plazo respecto del quincenal, anteriormente vigente al amparo del art. 1964 CC.

---

[886] Con anterioridad a la LOE, y a pesar de la claridad del artículo 1591 CC, que declara que la acción decenal comienza desde que concluyó la construcción, no toda la doctrina aceptaba esta interpretación literal, entendiéndose el término "conclusión", unas veces en sentido material (NART, op. cit., pág. 127; GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 1107; GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 267; FERNÁNDEZ HIERRO, op. cit., pág. 145; CADARSO PALAU, op. cit., pág. 346; especialmente GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit., págs. 185-186) y otras en sentido jurídico, es decir, el día de la recepción definitiva de la obra (FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., pág. 376-379; SÁNCHEZ CALERO, op. cit., pág. 79; CABANILLAS SÁNCHEZ, "La recepción...", op. cit., pág. 307; entre otros).

[887] Igualmente CASTRO BOBILLO, J. C., "Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Act. Civil*, núm. 12, del 19 al 25 de marzo de 2001, referencia XVII.

[888] Se ha señalado que dicha reducción ha podido ser motivada por la necesaria reducción de cobertura aseguradora en aras de un abaratamiento de las primas (al igual que ha ocurrido con el plazo de garantía trienal en que debe manifestarse la ruina funcional). Se puede pensar que resulta un plazo demasiado breve para interponer la acción, pero hay que tener en cuenta que el promotor responde solidariamente y debe suscribir una póliza de seguros que cubra los daños estructurales y los defectos de habitabilidad. Por lo que el propietario tiene un sistema de defensa y unas garantías de las que antes no disponía. Alargar el plazo lo único que provoca es un mayor coste en las reparaciones, traduciéndose en un aumento de la prima y, en su caso, en un coste adicional que repercutirá en el consumidor. En definitiva, el problema no parece que esté tanto en el plazo de dos años, cuanto en el momento a partir del cual comienza a contarse. Sobre este tema vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor...*, op. cit., págs. 126-127; también

Sobre este tema ya ha tenido oportunidad de pronunciarse la doctrina[889], destacando que dado que el plazo se cuenta desde que tuvo lugar el daño y no desde que el afectado lo conoce, ello puede actuar en perjuicio del consumidor o usuario. Es por ello, que apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1969 CC, entiende CORDERO LOBATO[890] que "por un lado, el plazo de prescripción no puede empezar a computarse antes de que la acción pueda ejercitarse. Y por otro, que la acción no puede ejercitarse hasta que es objetivamente posible que el perjudicado conozca el daño, pues otra solución colocaría en situación de indefensión a los perjudicados". Por eso, la citada autora concluye que el daño no se produce (*ex*. art. 18.1 LOE) antes de que sea objetivamente posible que el perjudicado lo conozca. Basta, pues, que, objetivamente, el perjudicado pueda tener conocimiento del daño.

A la misma solución llega GONZÁLEZ TAUSZ[891], basándose, en primer lugar, en que aunque el término "produzcan", es equívoco, uno de sus significados gramaticales es "exhibir o manifestar uno a la vista o examen de aquellas pruebas que pueden aportar justicia". De este significado se puede deducir que el daño latente no inicia el cómputo de la prescripción, puesto que no se ha presentado a la vista del usuario para apoyar su

---

GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario...", en op. cit., pág. 2713. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 326. A juicio de DÍEZ-PICAZO, la regla contenida en el art. 18 LOE merece parabienes ya que con el art. 1591 podíamos encontrarnos con la situación de que a los años de garantía, contados desde que concluyó la construcción, hubieran de seguir otros quince de prescripción de acciones, ya que éstas eran las acciones personales a las que se refiere el art. 1964 CC ("Ley de Edificación y Código Civil", en op. cit., pág. 20).

[889] Así LACABA SÁNCHEZ, J. J., "La Ley de ordenación de la edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1591 del Código civil", en *La Ley*, núm. 4974, 2000-1, D-16: había calificado el plazo de prescripción como perturbador ya que en este especial ámbito de la construcción, es claro que hay daños que pueden manifestarse de formas de muy difícil descubrimiento por el ciudadano no experto y si se tiene en cuenta que el transcurso del plazo de prescripción supone una especie de muerte de la posibilidad del ciudadano de acudir a los Tribunales a defenderse, se comprenderá lo aventurado de este corto plazo prescriptivo. En igual sentido JIMÉNEZ MORAGO, J. T., "Particularidades sobre la Ley de ordenación de la edificación. ¿Subsiste el artículo 1591 CC?", en *La Ley*, jueves 4 de octubre, 2001, pág. 5.

[890] Vid. "Comentario al artículo 18 LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., págs. 352-353: la autora justifica esta interpretación señalando que no se trata de resolver la cuestión conforme al criterio subjetivo del art. 1968.2 CC, pues la interpretación que propone no significa tener en cuenta las circunstancias personales del perjudicado. El daño del art. 17.1.a), LOE, es manifiesto cuando a la vista de los daños, pueda pensarse razonablemente que los mismos entrañan un defecto estructural que compromete la estabilidad del edificio. Y ello aunque el edificio no esté siendo ocupado y nadie vea, pues, el desperfecto. Basta que objetivamente, el perjudicado pueda tener conocimiento del mismo. Esta interpretación se basa en que el TS siempre entendió que, de acuerdo con la doctrina de la *actio nata*, proclamada en el art. 1969 CC, el momento en que la "acción pudo ejercitarse", nunca podía ser anterior al momento en que los indicios de ruina se manifestaron/detectaron/hicieron patentes o, más claramente, cuando el perjudicado tuvo conocimiento de la aparición de los vicios ruinógenos.

[891] GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación", en *RCDI*, núm. 661, septiembre-octubre 2000, pág. 2714.

pretensión. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que durante la tramitación parlamentaria[892], tanto en el Congreso como en el Senado, quedó patente que el significado que el Grupo Popular daba al término "se produzcan", era equivalente al de "se manifiestan", considerándose una cuestión de redacción.

En definitiva, entendemos que lo que el precepto comentado quiere decir es que el inicio del cómputo se sitúa en el momento de la manifestación del daño, pues, desde luego, la producción del mismo tuvo lugar en momentos (redacción del proyecto, ejecución de la obra, etc.) en que el perjudicado no sólo no podía conocerlo, sino que a lo mejor ni siquiera sabía que iba a terminar convirtiéndose en adquirente de lo construido. Es por ello que el art. 18 LOE no supone, a pesar, de su defectuosa redacción, una modificación de la regla general del artículo 1969 CC para el cómputo de la prescripción de acciones, que era aplicable con el art. 1591 CC. Esta interpretación resulta coherente con la función que desempeñan las normas relativas a la prescripción de acciones, ya que no hay que olvidar que la prescripción extintiva también es un modo de garantizar que durante un determinado tiempo el deudor esté expuesto a soportar las consecuencias del incumplimiento defectuoso de su obligación y, por tanto, supone una garantía para la defensa del acreedor frente a dichas consecuencias[893].

e) Recapitulación.

Teniendo en cuenta que todavía no se encuentra en vigor ni la garantía anual ni tampoco la trienal del art. 17.1 LOE, de todo lo anterior se puede deducir, que la clasificación de daños que se hace en este precepto ha supuesto una reducción de la protección de la que gozaban los adquirentes de viviendas, pues, hasta la fecha, todo defecto constructivo grave activaba la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, lo que

[892] El Grupo Socialista presentó las Enmiendas núm. 122 y núm. 61 en el Congreso de los Diputados y en el Senado, respectivamente, para perfeccionar este *dies a quo*, refiriéndolo al momento en que los daños fuesen conocidos por el afectado (BOCG, Serie A, núm. 163-9, pág. 60 y BOCG de 21 de septiembre de 1999, Serie II, núm. 148, pág. 42). Este criterio no era aceptado por el Grupo Popular, dada la carga subjetiva que implicaba saber cuándo el afectado había conocido los daños. En este sentido, el Grupo Popular propuso una enmienda transaccional por la que sustituía la palabra "se produzcan" por "se manifiesten". Finalmente no se aprobó la Enmienda del Grupo Socialista ni tampoco se aceptó la transaccional, quedando las cosas como estaban.

[893] Así TAPIA GUTIÉRREZ, P., "La protección de los consumidores y la Ley de ordenación de la edificación", en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 8, diciembre 2000, pág. 50, quien criticando el momento a partir del cual el legislador señala el inicio del plazo de prescripción, destaca que las normas contenidas en el Código civil en materia de prescripción pueden ser consideradas normas de derecho necesario, y si es así, ello indica que su contenido y consecuencias normativas tienen entidad suficiente como para que una modificación tan espectacular sea justificada por el legislador. También MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de ordenación...*, op. cit., pág. 128.

tendrá que dejar de ser así. Con la LOE, se restringe el tipo de daños indemnizables a uno solo: los daños materiales causados en el edificio por los vicios o defectos que se especifican en el art 17.1. Este es el único interés que imperativamente tiene que estar asegurado (*cfr*. art. 19 LOE); a los restantes daños no se les aplica el régimen de responsabilidad que diseña la nueva norma sobre edificación, aunque sí otras responsabilidades contractuales[894].

Junto a la crítica anterior, una consecuencia negativa de la regulación introducida por la LOE es la importancia que adquiere el componente pericial para delimitar los daños materiales. Cualquier reclamación deberá apoyarse, desde su inicio, con un informe técnico que atribuya los daños correctamente a las categorías de los supuestos del art. 17.1.a), ó 17.1.b) ó 17.1. *in fine*, so pena de que se tenga por intempestiva. Es por ello que la LOE introduce, en este tema, un elemento de inseguridad en contra del perjudicado por los daños, pues será éste el que deba investigar cuál es la causa de los mismos para comprobar si le asiste o no la acción de reclamación o, si por el contrario, ya no tiene derecho. Este problema se planteará con mayor frecuencia en los supuestos de responsabilidad decenal y trienal, ya que los daños anuales suelen resultar más evidentes[895].

Asimismo, tampoco nos parece justo reducir el plazo de protección porque no sea una pared de carga la dañada, sino la cubierta que origina humedades o filtraciones de

[894] Otras posibilidades que no están incluidos en la LOE serían el quebranto de los requisitos de funcionalidad consistente en la adecuada distribución de espacio, dotación adecuada o acceso a los servicios de telecomunicación (*cfr*. art. 3.1.a, LOE), así como los requisitos relativos a la seguridad en caso de incendio ni el de seguridad de utilización (*cfr*. art. 3.1.b-2 y b-3 LOE). En tales supuestos, se considera que en estos temas existe una laguna normativa, cuya solución pasa necesariamente por aplicar, como regla general, las normas generales sobre incumplimiento de los contratos y obligaciones del Código civil (GARCÍA CONESA, A., "Comentario a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación", en *RJC*, núm. 2, 2001, pág. 360). También consideran que están excluidos del artículo 17 LOE, BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., "La responsabilidad civil de los agentes de la construcción", en *Garantías y responsabilidad en la Ley de ordenación de la edificación*, op. cit., págs. 54-55. Sobre este tema se ha manifestado que la referencia que hace el art. 17 a los requisitos de habitabilidad del art. 3.1.c), LOE, no se puede extender a estos otros supuestos GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., "Comentario del artículo 3 LOE", en op. cit., pág. 82.

[895] Así lo pone de manifiesto LACABA SÁNCHEZ, J. J., "La Ley de ordenación de la edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1591 del Código civil", en *La Ley*, núm. 4974, 2000-1, D-16; también GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación", en op. cit., pág. 2708; igualmente ESCOLANO NAVARRO, J. J., "Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en *RJN*, núm. 35, julio-septiembre 2000, págs. 208-209.

agua. Lo relevante sería atender a lo perturbador de la propiedad o de la habitabilidad, ya que lo importante es el resultado, la causa es contingente[896].

Es por todo lo anterior por lo que estimamos que la LOE otorga menor protección al adquirente que la que tenía al amparo del art. 1591 CC, ya que, por un lado, sólo cuenta con la garantía aparente de un seguro obligatorio para ruina del edificio en los diez años posteriores a la entrega, pero está por ver cuando se determinará la obligatoriedad del seguro para vicios funcionales y los de acabado.

Por último, llama la atención el acortamiento del plazo, fundamentalmente en lo que se refiere a los vicios que afectan a las condiciones de habitabilidad, ya que la mayor parte de los supuestos que aparecen en la práctica son de este tipo[897].

C) El resarcimiento de los daños y perjuicios causados por defectos de construcción excluidos de la LOE. Derogación o no del artículo 1591 CC.

Es indudable que los intereses dañados durante el proceso constructivo pueden ser los del propio comitente o promotor de la obra o los de los terceros adquirentes del inmueble (sin perjuicio de los que correspondan a los colindantes, trabajadores accidentados, etc.). Además, es claro que las actuaciones u omisiones de los partícipes, durante el proceso edificatorio, pueden ser la causa de múltiples daños: defectos constructivos en la edificación, retrasos en la terminación de la obra, menoscabo de otros inmuebles colindantes o, en general, de otros bienes de los adquirentes del inmueble, daños personales (de trabajadores, de terceros), etc.

---

[896] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de ordenación de la edificación*, op. cit., pág. 95.

[897] Los vicios que afectan a las condiciones de habitabilidad se identifican perfectamente con los vicios funcionales de la jurisprudencia relativa al art. 1591 CC, y la experiencia demuestra que las humedades, grietas, subida del nivel friático e inundación de sótanos y pesadillas de este mismo estilo para el adquirente de la vivienda pueden salir al cuarto o quinto o más años desde la entrega del edificio (en este sentido vid. VICENTE DOMINGO, E., "Régimen de responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código civil?", en *Actualidad Civil*, núm. 37, 9 al 15 de octubre, 2000, pág. 1393); también CASTRO BOBILLO, en la misma línea señala que al delimitar los tres supuestos que dan origen al nacimiento de la responsabilidad y establecer tres plazos de garantía diferentes en atención al efecto que producen los vicios constructivos, la nueva Ley realmente configura un régimen de garantías que, en su conjunto, resulta menos riguroso que el establecido jurisprudencialmente interpretando el artículo 1591 CC ("Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Act. Civil*, núm. 12, del 19 al 25 de marzo de 2001, referencia XVII, pág. 425). Igualmente BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., "La responsabilidad civil de los agentes de la construcción", en op. cit., pág. 56. Asimismo MESA MARRERO, C., "El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos", en *Aranzadi Civil*, núm. 13, noviembre 2001, pág. 39; y TAPIA GUTIERREZ, P., "La protección de los consumidores y la Ley de ordenación de la edificación", en op. cit., pág. 46.

Ya hemos visto que el régimen de responsabilidades y garantías establecido en la LOE, limita los daños resarcibles por una construcción deficiente, a los daños materiales ocasionados en el edificio, y sólo frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos (arts. 17.1 y 19.9). Tal exclusión, respecto a los daños no materiales, se ha considerado comprensible en el ámbito de la garantías o seguros obligatorios, para reducir su coste (art. 19 LOE), pero del todo incomprensible en materia de responsabilidad[898] (art. 17 LOE).

Pues bien, creemos que en la relación derivada de los correspondientes contratos de compraventa entre el promotor y los adquirentes, queda bastante claro el cuadro de acciones al que éstos pueden acudir, sin que sea necesario plantear su protección utilizando la ¿derogada? acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC. Por un lado, los artículos 17 y 18 LOE contienen un régimen de responsabilidad legal aplicable sólo al daño consistente en la necesidad de reparar materialmente la edificación ("los daños materiales causados en el edificio") como consecuencia de ciertos defectos constructivos, y donde el único legitimado activo es el propietario de la edificación o de parte de la misma. Por otro lado, dado que no es coherente sostener que ésa fue la intención del legislador, ya que el régimen de responsabilidad civil de los agentes intervinientes en el proceso de edificación se establece "sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales" (art. 17.1 y 17.9 LOE), lo que significa que la Ley deja a salvo otras acciones de naturaleza contractual que pudieran corresponder al perjudicado para obtener la reparación de los daños excluidos. Se trata de determinar cuáles son estas otras acciones.

De acuerdo con los números 1 y 9 del artículo 17 LOE, el resarcimiento de las otras consecuencias económicas[899] negativas en el patrimonio del adquirente-propietario

[898] Así, GONZÁLEZ TAUSZ (vid. "El nuevo régimen jurídico del promotor...", en op. cit., págs. 2706-2707), entiende que cuando el perjudicado tenga la condición de consumidor, el régimen jurídico aplicable para los daños no materiales, es el establecido en la LOE, ya que esta norma es una aportación más a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, y no tiene sentido una interpretación restrictiva (excluyendo los daños no materiales). Por otra parte, la Ley de consumidores, en su art.2.1.c), proclama como derecho básico del consumidor la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (sin distinción de daños). Fuera del ámbito del Derecho del consumo –daños no materiales ocasionados al promotor-, estos daños se englobarían también en el régimen jurídico de la LOE, dado el carácter accesorio que revisten los daños no materiales respecto de los daños materiales. No pareciendo viable, que el promotor, al amparo del art. 1591 CC, pudiera beneficiarse de un plazo de garantía superior al aplicable para consumidores y usuarios. También SIFRE PUIG, R. F., "Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre...", en op. cit., pág. 126.

[899] Señala DÍEZ-PICAZO, que el inciso "sin", del artículo 18 LOE, significa que las únicas acciones que quedan a salvo, son las de los daños no materiales y las derivadas de otros incumplimientos contractuales no contempladas expresamente en la LOE (vid. "Ley de Edificación y Código Civil", en op. cit., págs. 20-

perjudicado que haya podido causar el defecto constructivo, tales como, el daño a otros bienes distintos del edificio, los costes de desplazamiento o cambio de domicilio, el coste del alquiler sustitutivo mientras duran las obras de reparación, el lucro cesante, el daño moral por las molestias soportadas, etc., están fuera de este precepto de la LOE, y dado que se configuran como daños ocasionados por incumplimiento contractual, el adquirente tiene frente a su vendedor las pretensiones que le reconozca el régimen aplicable a la compraventa, esto es, el régimen general de la responsabilidad contractual (cfr. art. 1101 CC), que forman parte de la "demás legislación aplicable a la compraventa", *ex*. art. 17.9 LOE, y en su caso, si procede, el de saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 y siguientes del Código civil.

Las consecuencias[900] que se derivan de lo anterior, son: la primera, que sólo responden de estos daños el deudor contractual (así, el promotor frente al adquirente) y los técnicos no pueden ser condenados frente a los adquirentes finales a indemnizar otro tipo de daños distintos de los materiales directos. La segunda, que será preciso una acumulación de acciones, una fundada en el art. 17 LOE y otra en las reglas de Derecho común. La tercera, que estas reclamaciones están sujetas al plazo general de prescripción del art. 1964 CC, que es siempre más amplio que el dispuesto en el art. 18 LOE.

Es en la relación que une al comitente con el contratista donde procede preguntarse, ante la falta de una derogación expresa del articulo 1591 CC, qué ocurre con este precepto.

a) Breves líneas sobre el ámbito de aplicación del artículo 1591 CC.

El artículo 1591 sancionaba la doble responsabilidad del contratista: por un lado, la responsabilidad "especial" del contratista o del arquitecto, cuando la obra se arruinase dentro de los diez años posteriores a la construcción, contemplada en su párrafo primero. Y por otro, el párrafo segundo, que se limitaba a establecer que la acción de indemnización

---

21). En contra MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, estima incluidos los daños morales dentro del art. 17 LOE señalando que quizás se pretenda oponer el concepto de daño material al de daño moral, declarando que sólo serán responsables por los daños materiales y excluyendo de la responsabilidad decenal, trienal y anual a los daños morales originados a consecuencia de los vicios de la edificación. Sin embargo cualquiera que fuera la voluntad del legislador, tal limitación supone una excepción a la norma general de que los daños morales son indemnizables y, por tanto, deberá ser expresa y clara, adjetivos que no parecen concurrir en los referidos preceptos, por lo que quizá haya que decantarse por otra interpretación ("El artículo 1591 CC ante la Ley de Ordenación de la Edificación", en op. cit., pág. 2322).

[900] Consecuencias que CARRASCO PERERA, califica de "chocantes"; vid. "La jurisprudencia post-loe ¿ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?", en op. cit., pág. 29.

durará quince años si la ruina fuera debida a la falta del contratista a las condiciones del contrato de obra, plazo que coincide con el general del art. 1964 CC.

Se ha interpretado que lo que hace el párrafo 2º, del art. 1591 CC, es sancionar al constructor cuando la ruina tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de las concretas especificaciones contractuales, distintas del incumplimiento de la *lex artis*. Lo cierto es que, como afirma SALVADOR CODERCH[901], resulta difícil pensar en algún supuesto de incumplimiento contractual que genere ruina[902], sin que exista incumplimiento de la *lex artis*. Únicamente puede suceder en los casos de ruina funcional, esto es, un estado del edificio que no implique su destrucción o derrumbamiento físico, en cuyo caso parece claro que su causa no radicará en vicios constructivos (de la construcción, del suelo o de la dirección, ya regulados en el párrafo 1º), sino simplemente, en la ineptitud o inidoneidad del edificio para servir al destino para el que se construyó[903].

El escaso ámbito de aplicación del precepto lo pone de manifiesto la casi inexistencia de sentencias del Tribunal Supremo, que fundamenten su fallo en el mismo. Quizá el precepto tan sólo sirve para que la doctrina se ocupe de él adentrándose en discusiones como la naturaleza garantista[904] o prescriptiva[905] del plazo de quince años en él

---

[901] Vid. SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al artículo 1591 CC", en *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1993, págs. 1192 y ss.

[902] Quizá la dificulta de encontrar supuestos de ruina que no impliquen incumplimientos de la *lex artis*, lleva a CORDERO LOBATO, a considerar que la virtualidad de los dos párrafos del artículo 1591 es la siguiente: no significan que el primero sancione la impericia y el segundo el incumplimiento, pues cree que ambos son supuestos de incumplimientos. Considera que el primero existe para permitir al adquirente demandar a constructor y técnicos con los que no ha contratado, y el segundo de ellos es de aplicación cuando entre demandante y demandado media relación contractual ("Comentario a la STS de 3 de octubre de 1996", en *CCJC*, núm. 43, 1997, pág. 246).

[903] Siguiendo a GARCÍA CANTERO, "La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código civil", en *ADC*, 1963, pág. 1111, pone el siguiente ejemplo, se construye un edificio sólido y estable (por tanto no existen vicios de construcción, del suelo ni de dirección), pero que no reúne las dimensiones, características y calidades pactadas ("condiciones del contrato"), lo que impide destinarlo al fin para el que el propietario encargó su construcción, haciéndolo funcionalmente ruinoso. En el mismo sentido GÓMEZ DE LA ESCALERA, quien afirma, además, que en este caso, el precepto no contiene presunción alguna, sino que hay que probar el incumplimiento del constructor, único responsable, según el párrafo segundo del art. 1591 CC (*La responsabilidad civil de los promotores...,* op. cit., págs. 84-85). GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, op. cit., pág. 430, considera que se trata de supuestos de observancia del buen hacer constructivo, pero de manera distinta a la acordada en el contrato, lo que ha generado defectos graves.

[904] Así lo afirma HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción,* I, op. cit., pág. 132. LÚCAS FERNÁNDEZ, considera que el plazo de quince años del párrafo segundo, también es de garantía ("Comentario al artículo 1591 CC", en op. cit., pág. 298). Igualmente GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores...,* op. cit., pág. 84; y GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, op. cit., pág. 471.

[905] CABANILLAS SÁNCHEZ, "Comentario a la STS de 17 septiembre de 1996", en *CCJC*, núm. 43, 1997, págs. 153 y ss.: entiende que el segundo párrafo contiene una causa agravatoria, y que el plazo de quince años es el de prescripción del artículo 1964 CC. Para el autor, el legislador no hace sino aplicar el

expresado, la extensión al arquitecto, a pesar del silencio del segundo párrafo del artículo 1591 CC al respecto o la inexistencia, en este caso, del carácter presuntivo del precepto, debiendo el dueño de la obra de probar en todo caso el incumplimiento.

Con referencia a este tema, la STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6724), afirma que el plazo de quince años del párrafo segundo del art. 1591 CC, es de garantía, y a partir del momento de aparición de los vicios, comienzan a contar los quince años de prescripción *ex*. art. 1964 CC. La diferencia con el párrafo primero, según la resolución comentada, radica en que no se presume el incumplimiento, sino que el actor ha de probar éste y la relación de causalidad con los daños. Además considera el Tribunal Supremo que el segundo párrafo del art. 1591 CC sólo se aplica al constructor.

El artículo 1591 regula la responsabilidad por ruina de los edificios. A falta de un concepto jurídico de edificio, se ha venido entendiendo por tal, toda obra de construcción inmobiliaria de cierta entidad, destinada a una duración razonablemente larga, ya se ejecute mediante una obra nueva, ya mediante la reconstrucción de una parte importante de una obra preexistente. No se aplicaría el mencionado precepto a las edificaciones de carácter provisional. En general se considera aplicable el precepto a toda obra de arquitectura o ingeniería, efectuada tanto sobre superficie como en el subsuelo, no siendo preciso que la construcción tenga por finalidad la vivienda.

Aunque el artículo 1591 habla sólo de vicios ruinógenos, es precisamente el concepto de "ruina" el que ha sido objeto de una interpretación desmesurada por parte del Tribunal Supremo[906], adquiriendo un contenido normativo que, en su origen, no estaba

---

régimen general de responsabilidad contractual. Comentando la STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6724), la cual, ante vicios ruinógenos aparecidos 12 años tras la construcción, considera que no es aplicable el párrafo primero, pues se han manifestado tras el plazo de diez años y tampoco es aplicable el supuesto agravado del párrafo segundo del art. 1591 CC, porque no se han debido a un incumplimiento contractual. También considera que el plazo de quince años es de prescripción, GARCÍA CANTERO, G., "La responsabilidad por ruina...", en op. cit., pág. 1112 y CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 105.

[906] Conviene destacar la STS de 22 de junio de 2001, que asimila los defectos estéticos (pavimentación deficiente) con la ruina del artículo 1591 CC. Nunca se había llegado tan lejos a la hora de catalogar como defecto ruinógeno una imperfección constructiva de esta clase, y se marca con esta sentencia un hito definitivo en la extensión progresiva del concepto de ruina. Y precisamente en un momento en que la vigencia de la LOE parece que imponía la necesidad de revisar a la baja la extensión histórica del concepto de ruina. Es cierto que el TS ya había hablado de la posibilidad de indemnizar daños estéticos con apoyo en el artículo 1591 CC, (cfr. STS de 27 de octubre de 1987 [RJ 7476]), pero una cosa es la indemnización de los daños estéticos producidos por una situación de ruina y otra la consideración del mismo defecto estético como situación de ruina. Vid. el comentario a esta sentencia por CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la STS de 22 de junio de 2001" en op. cit., pág. 262.

llamado a tener[907]. No sólo encajan en dicho concepto la destrucción total de un edificio, sino también los vicios constructivos que, por exceder de las imperfecciones corrientes, hagan inútil la obra para la finalidad que le es propia. No se incluyen sólo los defectos constructivos que afectan a la solidez y estabilidad del edificio, también hay ruina cuando los mismos afectan a la calidad o a las condiciones de uso y habitabilidad (ruina funcional). Además hay ruina aunque tales defectos sólo afecten a una parte del inmueble (ruina parcial) o aunque los mismos no se hayan manifestado todavía (ruina potencial). Mientras que la ruina potencial toma en cuenta la solidez y estabilidad del edificio, la ruina funcional, engloba los defectos del inmueble que lo hacen inútil o inhábil para el fin de una habitabilidad razonable. Este concepto de ruina implica un salto cualitativo, puesto que los casos que comprende pueden no afectar a la solidez estructural del inmueble.

Si bien el art. 1591.1 CC, mencionaba únicamente, como legitimados pasivos, al contratista y arquitecto, también el Tribunal Supremo ha ampliado el ámbito de aplicación al promotor (desde la SSTS de 11 de octubre de 1974 [RJ 3798] y 17 de octubre de 1974 [RJ 3896]), así como a los demás técnicos, como los ingenieros, técnicos proyectistas y al aparejador.

Uno de los problemas planteados en torno al artículo 1591 ha sido la legitimación activa de los adquirentes y subadquirentes de viviendas para ejercitar la acción derivada de dicho precepto contra los eventualmente responsables. La configuración de la

[907] No puede negarse que la doctrina jurisprudencial en torno al art. 1591 nace para dar respuesta a un problema de la realidad social, como es la situación de inferioridad en que, en general, se encuentran los compradores de pisos y locales frente al vendedor. Así, el Tribunal Supremo ha destacado esta motivación práctica, cuando alude a que si no se reconociese legitimación activa a los compradores se produciría su desamparo o un fraude a la ley (SSTS de 11 de octubre de 1974, 8 de noviembre de 1978, 1 de marzo de 1984, y 17 de octubre de 1974). Pero a pesar de lo estimable de tal finalidad, ha sido objeto de crítica el amplio concepto de ruina que maneja el Alto Tribunal, y que se concreta en la ruina funcional. La forma en que el art. 1591 CC se expresa y su fin inmediato hacen pensar en unos concretos defectos de construcción, aquéllos que afectan a la solidez y estabilidad del edificio. Ampliar el concepto de ruina a aquellos otros que implican la inutilidad del bien para su habitabilidad, y que pueden no afectar a la solidez del edificio, supone, distorsionar la letra del artículo 1591, originando no una interpretación extensiva, sino una ruptura con el precepto. Un camino dogmáticamente más adeudado sería conducir esos defectos de construcción a los artículos 1101 y ss. del CC. En este sentido FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa...*, op. cit., pág. 229. También ORTI VALLEJO ha considerado que la extensión de que ha sido objeto el artículo 1591 CC por el Tribunal Supremo ha sido innecesaria y desmesurada, especialmente en lo que se refiere al concepto de ruina, ya que lo que el mencionado precepto pretendió era regular el evento de la destrucción o perecimiento del edificio, que es lo que significa la ruina, pero no la responsabilidad por vicios, defectos o faltas a lo convenido que no provocan ruina. Es por ello que debería aplicarse el régimen del incumplimiento cuando estemos en presencia de un defecto, y el régimen previsto en el art. 1591 CC, en caso de ruina (vid. *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*, op. cit., págs. 149 a 170). Igualmente vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la STS de 22 de junio de 2001", en op. cit., págs. 265 a 268. CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en op. cit., pág. 297

responsabilidad decenal como contractual suponía un claro obstáculo a la solución afirmativa debido al principio de relatividad de los contratos establecido en el artículo 1257 CC. La jurisprudencia, sin embargo, ha resuelto esta cuestión afirmativamente. En unos casos basándose en el carácter legal de la responsabilidad decenal, y en otros afirmando que el comprador adquiere, en virtud del contrato de compraventa, las acciones que el vendedor tuviera contra terceros.

b) ¿Están derogados los párrafos primero y segundo del artículo 1591 CC?

Dado que el artículo 17 LOE se refiere a los daños materiales causados en el edifico, queda claro que no regula todos los conflictos incluidos, hasta ahora, en el ámbito de aplicación del artículo 1591 CC. La pregunta que todo ello sugiere es si el articulo 1591 CC –que no está expresamente derogado-, debe mantener su vigencia como norma reguladora de los intereses no cubiertos por las normas de la LOE.

A la luz de lo establecido en su Disposición transitoria primera, la nueva Ley no será de aplicación a los edificios ya construidos cuando el pasado día 6 de mayo del 2000, entró en vigor, ni a los edificios que entonces se encontraban en construcción y tampoco a los que todavía no habían comenzado a construirse, siempre que antes se hubiese solicitado la licencia. En todos estos casos, la responsabilidad por vicios constructivos vendrá determinada por el régimen jurídico anterior[908], es decir, por el art. 1591 CC.

Cabe, sin embargo, dudar acerca de la posible aplicación de este precepto a los edificios, construcciones y obras para los que se solicite la correspondiente licencia de obras después de la entrada en vigor de la Ley, de tal manera que su régimen jurídico venga determinado por las prescripciones de la LOE y por el art. 1591 CC.

[908] Algunos autores han planteado que la regulación de la LOE debe afectar incluso al Derecho transitorio. Concretamente, los conflictos sobre edificaciones a las que, según la DT 1ª, no les sea aplicable la LOE, deberán resolverse conforme a los criterios de esta nueva Ley. Especialmente lo referente a la ruina funcional, pues si el TS ha sostenido, hasta ahora, que se responde de la ruina funcional que se manifieste durante diez años, es por considerar que se correspondía con una adecuada ponderación de los intereses en juego. Pero como el TS no estaba obligado por fuerza de Ley a sostener tales cosas, porque nada de esto dice el art. 1591 CC, no puede escudarse en la Ley para contrarrestar la nueva ponderación de intereses realizada por el legislador, a cuya decisión está sujeto el Juez por mandato constitucional. Si el legislador ha sostenido que no pueden estar cubiertos por una garantía de diez años los defectos de habitabilidad (ruina funcional), habrá que reconocer que esta ponderación de intereses es más legítima que la que puedan hacer los tribunales, por mucho que desde el punto de vista de los hechos pueda discutirse que sea una ponderación de intereses acertada. En este sentido vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., págs. 272, 306 y 307.

La cuestión se plantea porque, si bien la Ley de ordenación de la edificación instaura un nuevo régimen de responsabilidad por vicios constructivos, no deroga expresamente el art. 1591 CC, limitándose a derogar genéricamente "todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley" (Disposición derogatoria primera). A la inseguridad jurídica que producen siempre las cláusulas de derogación implícitas, se añade en este caso el rechazo de una enmienda[909] formulada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), que pretendió incluir en el texto legal la expresa derogación del art. 1591 del CC "por evidentes razones de seguridad", y que fue rechazada sobre la base de que la LOE y el artículo 1591 CC "contienen virtualidades distintas".

Es por ello que consideramos que, quizá, hubiera sido preferible acometer directamente la reforma del contrato de arrendamiento de obra y de los correspondientes preceptos del Código civil[910] o, por lo menos, el haber establecido la propia Ley la derogación expresa del artículo 1591 CC, porque la posible derogación tácita, dado que no resulta con la suficiente claridad de su articulado, está planteando numerosos problemas de interpretación a la doctrina.

Ante la cuestión que surge sobre la derogación o no del articulo 1591 CC, son varias las soluciones que se han planteado por los autores.

---

[909] *BOCG*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 163-9, 21 mayo de 1999, enmienda 33. Resulta interesante poner de relieve la defensa de la citada enmienda para el correcto entendimiento de la cláusula derogatoria: "se nos dice que el art. 1591 contiene virtualidades distintas de lo que este texto pretende regular y creemos que no es así. El texto de esta Ley sustituye *in integrum* al apartado 1º del art. 1591 CC, y respecto del apartado 2º, según numerosísima jurisprudencia, no tiene nada que ver con lo contenido en el apartado 1º, sino que es subsumido en otras normativas actualmente existentes. El mantenerlo en el Código civil sólo introduce confusión. Si queremos una normativa sobre garantías de la edificación, ya está en el texto que pretendemos aprobar, y mi grupo sostiene que la seguridad jurídica exige la desaparición de este precepto citado, el artículo 1591".

[910] En este sentido, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, considera que la solución adoptada por la Ley especial no es la óptima, por cuanto, no sólo deja pendiente la tan sentida reforma de los contratos de arrendamiento de obras y servicios en general, sino que, además, provocará inevitables distorsiones en el sistema de normas civiles al afectar a algunos preceptos del Código, sin tener en cuenta su conjunto, dando lugar a la inseguridad consecuente en toda reforma que no expresa cuáles son los preceptos que se derogan ni en qué medida (vid. "El artículo 1591 CC ante la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Aranzadi Civil*, 1999-III, pág. 2302).

a´) Primera interpretación: el art. 1591 CC ha sido derogado por la LOE.

La primera interpretación[911] posible es entender que el art. 1591 CC ha sido derogado por la LOE a este respecto. Todos los casos que estaban incluidos en su ámbito de aplicación deben resolverse aplicando analógicamente las reglas previstas en los arts. 17 y 18 de la LOE. Señala CORDERO LOBATO[912], que no entender derogado al art. 1591 del CC nos llevaría a resultados absurdos, ya que se daría el caso, de que el propietario de edificaciones no incluidas en el art. 2 de la LOE está, merced a la jurisprudencia sobre el

[911] Entienden que el art. 1591 del CC ha sido derogado CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en op. cit., pág. 347; GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., "Comentario de la Disposición Derogatoria 1ª de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., pág. 593. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., págs. 439 y 579; este autor no sólo considera derogado el artículo 1591, sino que también estima modificado el plazo general de prescripción de la acción, frente a los quince años del art. 1964 CC, el plazo se reduce a dos años con el art. 18 LOE. FUENTESECA DEGENEFFE, C., "La ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga el contenido del artículo 1591 del Código Civil a partir del 6 de mayo del 2000", en *Act. Civil*, 2000, núm. XX. CARRASCO PERERA, sostiene que el art. 1591 del CC está derogado, pero señala que la cuestión verdaderamente importante es que la Ley de Ordenación de la Edificación ha deslegitimado las reglas jurisprudenciales construidas alrededor de dicha norma y llega a decir que afirmar la sobrevivencia del art. 1591 del CC es, en el fondo, una declaración de desobediencia civil para eludir la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación ("La insistencia recurrente de un falso problema: ¿está derogado el art. 1591 del Código Civil?", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 454, correspondiente al día 28 septiembre, 2000, págs. 1-6). CASTRO BOBILLO, J. L., "Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Act. Civil*, referencia XVII, 2001: en una razonada exposición acaba concluyendo que el artículo 1591 CC no resultará aplicable a las edificaciones incluidas dentro del ámbito de la LOE, por resultar incompatibles los regímenes de responsabilidad establecidos en una y otra norma. Y que tampoco debería aplicarse a las restantes obras y construcciones porque el sistema de obligaciones y responsabilidades que instaura la nueva Ley se adecua mejor a la realidad social de nuestro tiempo que las disposiciones del art. 1591 CC, por lo que deben serles aplicadas por analogía las disposiciones de la LOE. ÁLVAREZ OLALLA, establece que en cuanto al contrato de obra y las posibles acciones contractuales que quedan a salvo entre las partes que los hayan concertado, cuesta pensar que pueda ser de aplicación el articulo 1591 y la doctrina jurisprudencial que hasta ahora, interpretaba su alcance, ya que las lagunas que el precepto presentaba es lo que viene precisamente a solventar la nueva Ley. (...) Tras la LOE, no necesitamos mantener la vigencia de la regulación excepcional del art. 1591, ni su extensa interpretación jurisprudencial, sino que lo que verdaderamente necesitamos en sede de contrato de obra, es un precepto que proclame expresamente una responsabilidad general del contratista de cualquier obra, mobiliario o inmobiliaria, durante unos plazos adecuados [*La responsabilidad por defectos en la edificación*, op. cit., págs. 141-142]. También CABANILLAS SÁNCHEZ, afirma que no ofrece dudas que la LOE deroga el art. 1591 CC, porque el art. 17.1.a) LOE, contempla el mismo supuesto que prevé el art. 1591. por ello, hay que aplicar el principio de que Ley posterior deroga Ley anterior. Si se mantiene que el art. 1591 CC, no ha sido derogado nos encontraríamos con la paradoja de que el sistema de aseguramiento obligatorio que establece la LOE, se aplicaría respecto de daños materiales ocasionados por defectos de construcción contemplados en el art. 17.1, y no, en cambio, respecto de la responsabilidad por vicios determinantes de ruina que prevé el art. 1591, lo cual parece claramente incoherente ("La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", en op. cit., págs. 408-409). Del mismo parecer es VICENTE DOMINGO, "Régimen de responsabilidad de la Ley de ordenación de la edificación y su coordinación con el régimen actual ¿deroga el artículo 1591 del Código civil?", en *Actualidad Civil*, núm. 37, octubre 2000, págs. 1396 a 1398; y PRENDES CARRIL, "El artículo 1591 CC, tras la nueva Ley 38/1999, de ordenación de la edificación. Especial consideración a la ruina funcional", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, abril 2001, págs. 9-34: este autor estima que con la nueva normativa se ha producido una "derogación por absorción" del artículo 1591 CC, al resultar el mismo embebido en la nueva regulación que lo desarrolla y completa, con las salvedades en punto a los plazos de garantía y prescripción.

[912] CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., pág. 347.

art. 1591, más protegido que un adquirente de edificios sujetos a la LOE: dispone de un plazo de garantía decenal no sólo para defectos estructurales, sino para todo defecto constructivo grave, incluidos aquéllos relacionados con la habitabilidad y el uso de la edificación, mientras que para estos últimos, el adquirente de edificios sujetos a la LOE sólo dispone de un plazo de garantía de tres años.

b´) Segunda interpretación: el art. 1591 CC está vigente en todo aquello en que no se opone a la LOE.

El régimen de responsabilidad previsto en el artículo 17, sólo es aplicable a los daños materiales que se produzcan en el edificio en los plazos indicados en dicho precepto (vid. párrafo 1º). En la medida en que existen supuestos que quedan fuera de la regulación contenida en dicho precepto, el artículo 1591 CC podría considerarse vigente para aquellos casos que no están incluidos en dicho ámbito, pudiéndose afirmar la compatibilidad del régimen especial que instaura la LOE, con el general previsto en este precepto del Código civil.

Concretamente, se ha considerado que el articulo 1591 CC, debe aplicarse a determinadas obras excluidas expresamente de la LOE, ya que la minuciosa delimitación objetiva del art. 2 impide la analogía. También se ha alegado, en pro de la vigencia de la norma codificada, que no puede afirmarse una incompatibilidad total entre ambos textos, cuando el art. 17 LOE se ocupa sólo de determinados daños (los materiales ocasionados en el edificio), y sólo de determinados sujetos perjudicados (propietarios y terceros adquirentes, pero no comitentes)[913].

[913] A favor de la vigencia, ALMAGRO NOSETE, considera que el artículo 1591 sigue en vigor, no sólo formalmente, sino materialmente, no obstante su ámbito de aplicación se haya reducido notablemente. Los problemas derivados de la coordinación del art. 1591 CC y los preceptos de la LOE originarán probablemente cuestiones litigiosas que deberá despejar la jurisprudencia, ya sea, porque se articulen acumulaciones de acciones basadas en normas de Derecho común y Derecho especial, ya sea, porque de la exposición fáctica y fundamentación jurídica se infieran situaciones de concurso de normas igualmente necesitadas de solución (vid. "Algunas cuestiones procesales", en *Derecho de la edificación*, coordinador SALA SÁNCHEZ, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 387-388). Para LACABA SÁNCHEZ, la no derogación expresa del repetido art. 1591 supone una consecuencia obvia: su persistencia en nuestro ordenamiento jurídico y su compatibilidad con la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, este último aspecto de indudable problemática para los llamados operadores jurídicos. Es evidente que, en el supuesto de construcciones no contempladas por la Ley, devendrá aplicable dicho precepto. Así por ejemplo a presas, puentes, estructuras, muros, tapias de ladrillos, etc., también considera aplicable el art. 1591 CC en los supuestos de daños que aparecen entre los tres y los diez años y no tengan un fácil encaje en los daños concretos de aparición a los tres años según la nueva Ley, esto es, sólo se sepa que no afectan a elementos estructurales. En definitiva, la persistencia del art. 1591, y con él de la jurisprudencia sobre la ruina funcional, permitirá seguramente abarcar los daños o vicios de habitabilidad o defectos constructivos

Es sabido que hasta ahora, el Tribunal Supremo venía aplicando el artículo 1591 a un muy variado tipo de construcciones[914]. Esto, unido a lo dispuesto en la Disposición

---

conocidos por el perjudicado entre los cuatro y los diez años posteriores a la finalización de la construcción (vid. "La Ley de ordenación de la edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1591 del Código civil", en *La Ley*, núm. 4974, 2000-1, D-16). Para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, la voluntad del legislador fue dejar subsistente el art. 1591 CC para las obras que la LOE excluye de su ámbito de aplicación. Quizás la solución esté en entender aplicable por analogía la LOE a los supuestos que entran dentro de su ámbito de aplicación, aunque expresamente no se mencionen en la Ley (por ejemplo, el del comitente de obra, entendido no como propietario de la misma sino como acreedor en el contrato de obra), dejando el art. 1591 CC para los casos que el legislador expresamente ha excluido de su ámbito de aplicación y que vienen establecidos en el art. 2.1 LOE. Porque resulta difícil entender aplicables por analogía las normas de la LOE a aquellas obras que expresamente el legislador ha excluido de su ámbito de aplicación. En definitiva, se puede entender vigente el art. 1591 CC, reconduciéndolo al marco del contrato de obra, en aquellos supuestos no contemplados por la LOE, dando un mayor juego al artículo 1909 CC y flexibilizando la interpretación de los artículos 17 y 18 LOE (vid. *La figura del promotor en...*, op. cit., págs. 38-39). También GARCÍA CONESA, A., "Comentario a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de OE", en op. cit., pág. 356, entiende que el artículo 1591 CC no está derogado. Se inclinan por la no derogación GARCÍA MÁS, F. J., y MARTÍN VIDAL, J. A., "Breves comentarios a la Ley 38/19999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación", en op. cit., pág. 668. También CADARSO PALAU, J., "La responsabilidad de los constructores en la Ley de ordenación de la edificación...", en op. cit., págs. 9-10, considera que hay razones de peso para refutar la pretendida derogación del artículo 1591 CC, ya que si para cierta línea jurisprudencial, la responsabilidad decenal del dicho precepto del Código civil, es una responsabilidad contractual, ¿no es cierto que la propia LOE la deja expresamente a salvo en su art. 17.1? en cualquier caso, tampoco se ve cómo puede afirmarse una incompatibilidad total cuando el art. 17 LOE se ocupa sólo de determinados daños (los materiales ocasionados en el edificio), y sólo de determinados sujetos perjudicados (propietarios y terceros adquirentes, pero no comitentes). En contra de la derogación del artículo 1591 CC, TAPIA GUTIÉRREZ, P., "La protección de los consumidores...", en op. cit., pág. 46: afirma que no se ve razón para estimar que los daños no contemplados expresamente en la LOE hayan de remitirse, en bloque, a la vía extracontractual, porque existe una normativa supletoria de responsabilidad contractual que resulta aplicable, el art. 1591. Tenemos, ante nosotros, una situación en la que pueden convivir dos regímenes totalmente diferentes para regular los daños de una y otra clase causados por unos mismos vicios o defectos. Ciertamente complicado. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, en cuanto a la derogación del artículo 1591 por hallarse absorbido en la LOE, manifiesta sus reservas. De un lado, porque esta Ley no resuelve si los tres supuestos de defectos constructivos a que se refiere su art. 17 agota todos los posibles casos que puedan presentarse. Además, qué sucede con aquellos contratos que tengan un objeto distinto a las edificaciones a que se refiere el art. 2 LOE. Así, la SAP de Castellón de 1 de septiembre de 2000 (AC 1794), en relación con el ámbito de aplicación del art. 1591 CC, estima que no es necesario que se trate de edificios, basta que sea una obra de arquitectura o ingeniería y lo aplica al arruinamiento de pantanales de un puerto deportivo. Y lo último a considerar, es el párrafo 2º del art. 1591 CC, que se mantiene, sin duda, en vigor ("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 *RDP*, mayo 2001, págs. 372-373). YZQUIERDO TOLSADA, considera que no parece que exista una razón clara para considerar derogado el art. 1591 CC. Como argumentos, utiliza la dicción literal del art. 18 LOE, que deja a salvo las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual; también tiene en cuenta que si bien, el CC y la LOE coinciden en el sector de los edificios, no sucede así cuando lo construido es un dique, presa, muralla, no pudiendo aplicar a tales construcciones la LOE, ya que la minuciosa delimitación objetiva del art. 2 impide la analogía, a pesar de reconocer el absurdo de que éstas gozan de un régimen más beneficioso (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op. cit., pág. 327). Para ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, puesta al día con la colaboración de Fernando REGLERO CAMPOS, 11ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, págs. 751: el hecho de que la responsabilidad sea subjetiva en la LOE es lo que justifica el mantenimiento de la vigencia del art. 1591 CC, en el que se establece un sistema de responsabilidad objetiva durante el plazo decenal. Resulta curioso que un sistema subjetivo sea aplicable durante menor tiempo que uno objetivo, aunque esto se limita a los daños no-estructurales y los de terminación o acabado. DÍEZ-PICAZO, L., "Ley de Edificación y Código Civil", en op. cit., pág. 14. A favor de la vigencia, también SANTOS MORÓN, M.ª J., "Comentario del artículo 17 LOE", en op. cit., págs. 331-333.

[914] Para precisar las obras a las que se refiere el precepto del Código civil, vid. la numerosa bibliografía citada por GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos...*, op. cit., págs. 87 a 90.

Derogatoria 1ª de la LOE (que no deroga expresamente el mencionado precepto del Código civil), ha llevado a cierta doctrina a afirmar que el artículo 1591 CC sigue vigente y puede ser aplicado a aquellas construcciones que queden fuera del ámbito de la LOE. Para determinar cuáles son estas construcciones excluidas de la nueva normativa, es preciso aclarar la noción de edificio, siendo, pues, el primer criterio para delimitar el ámbito objetivo de la Ley.

Sin embargo, el concepto de edificio no aparece con un significado unívoco, habiendo sido interpretado en un sentido restrictivo y en un sentido amplio. Desde una perspectiva restrictiva de su significado, el edificio se mostraría como una concreta especie perteneciente al género de las construcciones inmobiliarias, la cual se caracteriza por poseer como objetivo la habitación humana u otros fines similares, siempre relacionados con la posibilidad de ser ocupados por personas para poder desarrollar cualesquiera actividad al resguardo de las inclemencias climáticas. De acuerdo con ello, todo edificio sería una construcción inmobiliaria; en cambio, existirían construcciones que no serían edificios y, por este motivo, quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la LOE, es el caso de un dique, un pantano, una presa, un embalse, etc. El principal argumento que se ha esgrimido, como fundamento de esta tesis restrictiva, reside en la dificultad de aplicar a esas otras construcciones inmobiliarias los requisitos básicos que ha de observar toda edificación, según el artículo 3 LOE, y en especial los relativos a la habitabilidad[915].

Pero, aun con posterioridad a la LOE, son varios los autores[916] que han sostenido la tesis amplia del concepto de edificio. Se argumenta que el artículo 2.1 de la nueva norma, define el proceso de edificación como la acción y el resultado de construir un edificio de

[915] Así lo considera CASTRO BOBILLO, J. L., "Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en op. cit., pág. 421. *Idem*, "Comentario del artículo 2 LOE", en *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, dirigidos por Luciano PAREJO ALFONSO, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 63. En opinión de CORDERO LOBATO ("Comentario al artículo 17 LOE", en op. cit., pág. 303), no están sujetos al régimen de responsabilidad de la LOE los vicios o defectos constructivos de obras inmobiliarias que no constituyan edificio en el amplio sentido del articulo 2 LOE, es decir, el edificio en sí y las instalaciones y elementos de la urbanización adscritos (por ejemplo, embalses, pantanos, autopistas, etc.).

[916] Vid. entre otros, GÓNZALEZ POVEDA, P., "Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación", en *Derecho de la edificación*, coordinador Sala Sánchez, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 235 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad civil por vicios en la construcción...", en op. cit., págs. 429 y ss.; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.ª D., "El artículo 1591 CC ante la Ley de Ordenación de la Edificación", en op. cit., págs. 2303-2304; CARRASCO BARRANCO, C. y RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., "Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I)", en *La responsabilidad civil en la Ley de ordenación de la edificación*, coords. Ruíz-Rico Ruíz, J. M. y Moreno Torres, M.ª L., Comares, Granada, 2002, págs. 26 y ss.; SANTOS MORÓN, M.ª J., "Comentario del artículo 17 LOE", en op. cit., págs. 329 y ss.; COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación...", en op. cit., págs. 568 y ss.

carácter permanente, público o privado, pero no define qué se entiende por edificio. De dicho precepto sólo se desprende, por un lado, que el edificio puede ser resultado de una obra nueva o de la reconstrucción de una obra preexistente (letras b y c del art. 2.2), por otro, que el uso al que esté destinado el edificio es indiferente a efectos de la aplicación de dicha ley (puede ser cualquier tipo de uso, además de los enumerados expresamente en las letras a, b y c, del art. 2.1). Esto implica, que en principio, el régimen de responsabilidad del artículo 17 podrá aplicarse a cualquier obra arquitectónica o de ingeniería (naves industriales, diques, puentes, etc.), de nueva construcción o de refacción, que tengan carácter permanente[917]. Quedarían excluidas, únicamente, las construcciones de carácter provisional[918], y según la letra a) del párrafo segundo del art. 2 LOE, las edificaciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, desarrolladas en una sola planta y que no tengan carácter residencial ni público ni privado[919]. En tales casos, y puesto que la LOE deroga las disposiciones anteriores sólo en la medida en que se opongan a lo dispuesto en dicha Ley, podría considerarse aplicable el artículo 1591 CC.

---

[917] El hecho de que no puedan cumplirse todos los requisitos de habitabilidad contemplados en el art. 3.1.c) LOE, no es razón para dejar estas construcciones, que no son edificios, al margen del régimen de responsabilidad que contempla la norma sobre edificación, pues hay que tener en cuenta, por una parte, que "habitabilidad" no es solamente sinónimo de cumplimiento de los requisitos de higiene, salud, medioambientales, de protección contra el ruido, ahorro de energía y aislamiento térmico, sino también de otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio (art. 3.1c.4). En este último punto, la exigencia de habitabilidad se equipararía a lo que se conocía como ruina funcional, es decir, aquellos vicios o defectos que, excediendo de las imperfecciones corrientes, convierten al inmueble en impropio para ser destinado al uso que le corresponde. Resulta que los requisitos de habitabilidad, así entendidos, podrán ser cumplidos, no sólo por los edificios en sentido estricto, sino también por otras construcciones inmobiliarias que no lo sean, pues aunque un pantano, dique o presa no hayan sido concebidos para albergar la habitación humana sí pueden padecer algún defecto constructivo, que las hagan impropias para el uso al cual se destinan. Vid. CARRASCO BARRANCO, C. y RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., "Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I)", en op. cit., pág. 28; y COLINA GAREA, op. cit., pág. 569.

[918] La provisionalidad o temporalidad de destino de las edificaciones ha de fundarse objetivamente en la naturaleza de la obra. Serán provisionales aquellos edificios, que de acuerdo con su naturaleza, hayan sido construidos única y exclusivamente para atender unas necesidades también de carácter provisional, de tal modo, que la edificación desaparecerá cuando desaparezcan las necesidades que justificaron su construcción y existencia. También se han considerado provisionales aquellas construcciones inmobiliarias cuya vida queda limitada por la fijación de un término temporal que en su duración no excede de los plazos de garantía legalmente contemplados en el art. 17.1.a) y b) LOE. En este sentido vid. COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación", en op. cit., págs. 571 y ss.

[919] El art. 2.2.a), LOE, únicamente pretende excluir del ámbito de la LOE, aquellas obras de nueva construcción que reúnan de manera acumulada y concurrente todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos. Si se sigue esta interpretación, los supuestos excluidos por este cauce del ámbito de la LOE serán sumamente escasos, y prácticamente quedarán reducidos a ejemplos como la caseta del perro, la barbacoa, o el típico galpón que el dueño de una finca construye para guardar los utensilios de jardinería. Las naves industriales, aunque se desarrollen en una sola planta y carezcan de carácter residencial, sólo quedarán al margen del régimen de responsabilidad de la LOE cuando tengan escasa entidad constructiva y sencillez técnica. Vid. CARRASCO BARRANCO, C. y RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., "Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I)", en op. cit., pág. 45; COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación...", en op. cit., págs. 575-576.

En segundo lugar, en cuanto a la extensión del daño resarcible, resulta que el art. 17 LOE sólo regula la responsabilidad por daños materiales causados en el propio edificio, y sólo frente a sus propietarios[920]. Esto significa que el perjudicado podrá pedir, según los casos, la reparación *in natura* o –subsidiariamente, según la opinión tradicional en la jurisprudencia- el pago de la cantidad equivalente al importe de las obras de reparación (vid. que el art. 19.6 LOE concede al asegurador la posibilidad de optar por una u otra modalidad de pago). No parece que la indemnización exigible conforme al art. 17 pueda abarcar daños ulteriores (por ejemplo, los derivados del lucro cesante). Nuestros tribunales, sin embargo, han entendido hasta ahora que los daños resarcibles por la vía del artículo 1591, vienen determinados en su extensión por lo dispuesto en los artículos 1106 y 1107 CC. Quiere esto decir que, dado el tenor literal de la Disposición Derogatoria 1ª de la LOE, el art. 1591 sigue estando vigente en lo que atañe a aquellos daños no comprendidos en el ámbito del art. 17 LOE. Por consiguiente, el perjudicado podrá reclamar la reparación del daño material causado en el edificio con apoyo en el art. 17, pero podrá también, si existen daños añadidos, pedir la indemnización de los mismos basando su pretensión en el art. 1591.1 CC[921].

---

[920] Si se producen daños a terceros como consecuencia de defectos constructivos del edificio, hay que preguntarse si el precepto aplicable será el art. 1902 CC o si, tras la LOE, podrá seguir aplicándose el art. 1909 CC. Este último utiliza la expresión "dentro del tiempo legal", que ha sido interpretada mayoritariamente como una remisión al plazo de diez años previsto en el artículo 1591, plazo dentro del cual debe producirse la ruina del edificio para que opere la presunción de culpa de arquitecto o constructor. Es claro que la mencionada locución del artículo 1909 CC no puede interpretarse, ahora, en relación con el art. 17 LOE, entendiendo que los terceros se verán beneficiados por el régimen de responsabilidad objetiva previsto en dicho precepto durante los plazos en él indicados, pues la LOE regula la responsabilidad sólo frente a los propietarios perjudicados y por daños materiales causados en el edificio. Pero, ¿podrán beneficiarse de la presunción de culpa que deriva del art. 1591 CC si el daño tiene lugar dentro del plazo de garantía decenal fijado en dicho precepto? Entiende que sí SANTOS MORÓN, M.ª J., "Comentario del artículo 17 LOE", en op. cit., págs. 333.

[921] En este sentido, MESA MARRERO, en un supuesto de reclamación de daños excluidos de la LOE, se plantea si opera el plazo de garantía decenal establecido en el artículo 1591 CC, o si, por el contrario, se aplican los plazos previstos en el artículo 17 LOE, en función de la naturaleza del vicio constructivo. A fin de concretar más la cuestión, la autora propone el siguiente ejemplo: imaginemos que en las paredes de un local comercial dedicado a la venta de muebles, aparecen humedades como consecuencia de la construcción defectuosa del edificio, de tal forma que su propietario reclama las ganancias que ha dejado de obtener mientras tenía el negocio cerrado y se efectuaban las obras de reparación. En este supuesto la reclamación del lucro cesante sólo cabe al amparo del art. 1591, ya que la LOE sólo cubre el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio, pero, ¿cuál será el plazo de garantía? Podríamos considerar tres soluciones: a) entender que se aplica el plazo de diez años previsto en el art. 1591; b) estimar que en la reclamación de tales daños no se prevé ningún plazo de garantía, sino de prescripción; c) aplicar por analogía los plazos de garantía establecidos en la LOE. Aun siendo cuestión dudosa, de las posibilidades expuestas, la tercera parece la más razonable y, por tanto, el plazo de garantía en el supuesto citado sería de tres años en virtud de la aplicación analógica del art. 17.1.b) LOE. La primera opción, nos llevaría a la absurda conclusión de que la reclamación del lucro cesante estaría sujeta a un plazo de garantía superior (de diez años según el art. 1591 CC), al que opera en caso de reclamar sólo los daños materiales, que la LOE fija en tres años, para este tipo de vicios. Tampoco la segunda solución parece admisible porque supondría una inseguridad jurídica

Y por último, conviene hacer notar que el párrafo primero del art. 17, deja a salvo las responsabilidades contractuales en que pueden incurrir los diversos agentes[922]. Esto constituye un argumento añadido para mantener la vigencia del párrafo primero del art. 1591 CC si se estima, siguiendo la opinión mayoritaria, que la responsabilidad en él consagrada es de carácter contractual y deriva del incumplimiento del contrato de obra por vulneración de la *lex artis*. La responsabilidad regulada en el art. 17, a diferencia de aquélla, viene establecida legalmente a fin de garantizar a los adquirentes de edificios el cumplimiento de determinados requisitos de calidad y no impide la aplicación de los regímenes de responsabilidad contractual que resulten pertinentes en atención al tipo de contrato celebrado entre los diversos sujetos. Por consiguiente, lo establecido en el art. 17.1 LOE permite la subsistencia de la responsabilidad regulada en el art. 1591.1 CC, en cuanto que este precepto tutela el interés del promotor, en cuanto comitente y acreedor del contrato de obra. Pero además la vigencia del párrafo segundo del art. 1591 CC resulta

---

– a juicio de la autora- defender la inexistencia de plazo de garantía, ya que en tal caso podría reclamarse el lucro frustrado con independencia del momento temporal en que se exterioriza el defecto. De acuerdo con la tercera opción de las expuestas, esto es, la aplicación analógica de los plazos previstos en la LOE, considera la autora que la tripartición de los plazos de garantía fijados en la LOE sustituye el plazo decenal previsto en el citado art. 1591 CC, para todas las reclamaciones indemnizatorias derivadas de las deficiencias constructivas, incluyendo, también, las que se refieren a los daños distintos a los materiales del edificio no previstos en la LOE. Además con esta solución, se otorga idéntico nivel de protección al perjudicado que ejercita la acción de responsabilidad en reclamación de cualquier daño ocasionado por los vicios constructivos, ya que el plazo de garantía sería el mismo, tanto si la reclamación se refiere únicamente a los daños materiales del edificio, como si comprende otros daños que excedan de ese ámbito. Esta solución favorece a los agentes que han intervenido en la edificación, toda vez que si se aplican los plazos establecidos en la LOE para todo tipo de daños, no se verían expuestos a una eventual reclamación extemporánea en caso de que el perjudicado acudiera al plazo decenal previsto en el artículo 1591 CC (vid. "El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos", en *Aranzadi Civil*, núm. 13, noviembre 2001, págs. 42-44).

[922] En este sentido resulta muy interesante la interpretación de RAGEL SÁNCHEZ, L. F., "La responsabilidad de los agentes de la edificación después de la entrada en vigor de la Ley de ordenación de la edificación", en *Carta Civil*, núm. 8, junio 2000, págs. 27 y 32: estima que los artículos 1591, 1907 y 1909 CC, no han sido ni expresa ni tácitamente derogados. La nueva normativa deja a salvo la responsabilidad contractual de los agentes de la edificación (arts. 17.1 y 18.1) y del vendedor frente al comprador (art. 17.9) y excluye de la obligación de garantizar numerosos daños ocasionados por vía extracontractual (art. 19.9). A partir de la vigencia de la LOE, el art. 1591 CC deberá ser interpretado exclusivamente en clave de responsabilidad contractual, al regular un supuesto de grave incumplimiento de una obligación de construir con pericia, puesto que se ha causado la ruina en un tiempo muy corto, prueba evidente de la negligencia de los medios empleados. Este grave incumplimiento faculta al comitente o promotor para reclamar contra la otra parte del contrato (contratista y arquitecto) exigiéndole el cumplimiento o planteando la resolución del contrato. Y sobre todo el párrafo segundo del art. 1591, que prevé que la causa de ruina fuera la falta del contratista a las condiciones del contrato, es un claro supuesto de responsabilidad contractual, ajena al supuesto de responsabilidad extracontractual previsto en la LOE. También HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª D., "La nueva Ley de ordenación de la edificación...", en op. cit., pág. 407, mantiene que en la actualidad, la virtualidad del segundo párrafo del art. 1591 CC, es posibilitar que el promotor conserve su acción (derivada de esta precepto) frente al constructor, para exigirle responsabilidades contractuales, durante un plazo de 15 años, puesto que no está legitimado *ex.* LOE.

indudable[923], pues en dicho inciso se regula el supuesto de defectos ocasionados por incumplimiento, por parte del constructor, de condiciones expresamente pactadas en el contrato.

c´) Tercera interpretación: no se trata tanto de cuestionarse la vigencia o derogación del artículo 1591 CC, sino la jurisprudencia de la que ha sido objeto.

La tercera interpretación posible, es entender que no se trata tanto de cuestionarse la vigencia o derogación del artículo 1591 CC, sino si debe seguir siendo objeto de la misma interpretación que hasta ahora, pues, ciertamente, no es el artículo en sí, sino la jurisprudencia de la que ha sido objeto, lo que plantea la necesidad de preguntarse por su vigencia[924]. El problema más que de derogación es de legitimación o deslegitimación de las reglas jurisprudenciales, ya que esta jurisprudencia ha sido desarrollada al margen del art. 1591. Considera CARRASCO PERERA[925] que sin el ropaje jurisprudencial, el art. 1591.1

[923] Se ha dicho que la LOE no tutela el interés del comitente de obra, no como propietario del edificio, sino como acreedor en el contrato de obra. Esto ha motivado que algunos autores hayan sostenido, que si bien está derogado el párrafo primero, mantienen la vigencia del segundo párrafo del art. 1591, que se basa en una relación meramente contractual. Cuando el promotor deja de ser propietario por haber transferido la titularidad del edificio, dejará de ser titular de la acción de responsabilidad del art. 17 LOE, pero tendrá a su favor las acciones derivadas del artículo 1591, pero no las del párrafo 1º, que son las que viene a sustituir la nueva Ley, sino las del párrafo 2º, por incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, en cuyo caso la acción de indemnización está sujeta al plazo de prescripción de quince años. Se da la paradoja de que el promotor va a tener, conforme al art. 1591.2 CC, y cuando ya no es propietario, mayor protección, salvo la cobertura del seguro de daños, que cuando lo era. Además, si la jurisprudencia sigue siendo coherente con su idea de la transmisibilidad de los derechos y acciones del promotor a los sucesivos adquirentes en el ámbito del contrato de obra, entonces éstos van a poder ejercitar la acción del art. 1591.2, como hasta ahora lo han hecho con la del párrafo primero, si bien fundándola, no sólo en la ruina, sino en el incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra, y necesitando probar que tal incumplimiento se ha producido, sin que se pueda presumir, sin más, por causa de la ruina. Vid. BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., "La responsabilidad civil de los agentes de la construcción", en *Garantías y responsabilidad en la Ley de ordenación de la edificación*, op. cit., págs. 71-72.

[924] Las diferencias entre la LOE y la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por ruina se reducen, básicamente, a los siguientes puntos: en primer lugar, el plazo de prescripción de las acciones es, en la LOE de dos años (art. 18.1), mientras que, según la jurisprudencia y la doctrina, los diez años del art. 1591.1 eran de garantía, al que había que sumar los quince años del plazo de prescripción de la acción. En segundo lugar, como para el TS, ruina no era sólo la caída material del inmueble o el riesgo de la misma, sino también la llamada ruina funcional, es decir, las deficiencias que hacían la edificación inútil para la finalidad que le es propia o superen las imperfecciones corrientes, resultaba que a estos defectos constructivos se les aplicaba el plazo de garantía decenal. Por el contrario, el art. 17.1 LOE, distingue tres tipos de defectos de construcción, con tres regímenes de responsabilidad diferenciados, particularmente, en el plazo de garantía.

[925] CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda,* op. cit., págs. 270-271. También JIMÉNEZ MORAGO, señala que el problema no es el art. 1591 CC por su corto y oscuro contenido textual, sino la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a este precepto a partir de los años sesenta. Las reglas jurisprudenciales no se derogan, sino que se legitiman o se deslegitiman con las nuevas normas aparecidas en el BOE. Por ello, la relación entre la LOE y la regla jurisprudencial sobre la responsabilidad decenal no se plantea en términos de derogación, sino en términos de deslegitimación, dada la superioridad de la interpretación auténtica del legislador frente a cualquier otra interpretación ("Particularidades sobre la Ley de ordenación de la

CC no es contrario a la LOE, se limita a establecer una responsabilidad del contratista o del arquitecto cuando la obra se arruina (entendida la "ruina", en sentido estricto) dentro de los diez años posteriores a la construcción.

Si reconducimos el art. 1591.1 a sus justos términos, no parece existir una verdadera incompatibilidad con la LOE, pues la norma del Código civil regula la responsabilidad contractual que nace ante un incumplimiento del contrato de obra, que vincula al comitente con el contratista y el arquitecto, cuando aparece la ruina material del edificio. Esa ruina, en sentido estricto, coincide con los defectos estructurales con plazo de garantía de diez años, del art. 17.1.a, LOE, con la diferencia de que el nuevo precepto contempla la responsabilidad legal de los agentes intervinientes en el proceso de edificación, entre los que se encuentra el promotor, respecto de los propietarios y terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos. Dado que el artículo 1591.1 CC no contempla expresamente los defectos de habitabilidad y de acabado, que surgen con ocasión del contrato de obra celebrado, lo procedente sería aplicar por analogía la normativa establecida en el art. 17.1.b) LOE. Lo que está claro es que, en ningún caso, la llamada ruina funcional estaría amparada por un plazo de garantía de 10 años, pues no existe ningún precepto, ni en el Código civil, ni en la LOE, que así lo establezca.

Lo mismo cabe decir del párrafo 2º, del art. 1591 CC, que se limita a reiterar el plazo de prescripción de la responsabilidad contractual[926], que es de quince años (coincidiendo con el plazo general del art. 1964 CC), cuando la ruina fuera debida a la falta del contratista a las condiciones del contrato.

De lo anterior se desprende, que lo que es contradictorio con la LOE no es el art. 1591 CC, sino el art. 1964 CC, en virtud del cual las acciones de responsabilidad contractual que el comitente de obra tiene frente a sus contratantes (el contratista y, en su caso, los técnicos), por incumplimiento del contrato de obra prescriben a los quince años, mientras que el plazo de que disponen los propietarios y terceros adquirentes del edificio, frente a los agentes de la edificación, es bianual en el art. 18 LOE.

---

edificación. ¿Subsiste el artículo 1591 CC?", en *La Ley*, jueves 4 de octubre, 2001, pág. 7). En el mismo sentido, CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en op. cit., pág. 347.

[926] La polémica también se extendería al párrafo segundo del art. 1591 CC si nos acogiéramos a algún pronunciamiento jurisprudencial que consideraba dicho plazo como de garantía (STS de 17 de septiembre de 1996 [RJ 6724]). Si consideramos dicho plazo como de prescripción, el art. 1591.2 estaría estrictamente dentro de la órbita contractual del artículo 1101 CC y, por tanto, la LOE no le afectaría.

d´) Conclusión.

Es cierto que el artículo 1591 CC, que hasta ahora regulaba en exclusiva todo lo relativo a la responsabilidad por vicios o defectos de la construcción se había quedado corto para encerrar dentro de sus escasas líneas toda la rica y abundante doctrina que desde la promulgación del Código civil había servido para definir las responsabilidades de los nuevos agentes de la edificación y para que los propietarios-adquirentes encontraran en él una vía adecuada para sus demandas de protección de una vivienda más digna y habitable, por lo que necesitaba una urgente y profunda reforma. Pero hacer la reforma desde fuera del Código civil y mediante una Ley especial, sin tocar para nada el artículo 1591, obliga al estudioso y al práctico a un esfuerzo de inteligencia para coordinar ambas disposiciones, que no es fácil desde el momento en que las opiniones sobre la vigencia o no del artículo 1591 son discrepantes y contradictorias.

De las distintas soluciones propuestas para articular la posible relación entre el artículo 1591 CC y la nueva Ley de edificación, nos parece particularmente acertada la última de ellas. Se trataría de reconducir el artículo 1591 a su significado originario, consistente en regular la relación contractual que surge entre el comitente y el contratista o arquitecto, cuando se producen defectos constructivos que generan la ruina material del edificio, y que se producen en el plazo de garantía de diez años. El problema está en relación al plazo general de prescripción de quince años que contempla el art. 1964 CC, frente al plazo de dos años que contempla el art. 18.1 LOE. Esta misma contradicción resulta respecto de las acciones dirigidas a obtener el resarcimiento por daños distintos de los materiales que interponga el adquirente, en el marco del contrato de compraventa, contra su vendedor; ya que conforme al artículo 18 LOE, el adquirente sólo dispone de dos años para que le indemnicen los costes de reparación del inmueble y, sin embargo, la acción de indemnización contra su vendedor por otros daños menos sustanciales (como por ejemplo, el lucro cesante) no prescribe hasta los quince años (*ex*. art. 1964 CC). En cualquier caso, tendrá que ser la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo la que delimite la eficacia de la nueva Ley en relación con los artículos 1591 y 1964 CC.

D) La pervivencia de otras vías junto a la LOE.

La responsabilidad especial que regula la nueva normativa sobre edificación reduce el contenido resarcitorio a los daños materiales causados en el edificio. De acuerdo con lo

que establece el art. 17.2 LOE, esta responsabilidad civil será exigible, en forma personal e individualizada, a los distintos agentes que intervienen en el proceso de edificación[927], "no obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente". Pero, seguramente, a lo que se refiere es a una condena solidaria, pues en el momento de demandar no se conoce ni hay pruebas de aquellas circunstancias. En suma, la Ley no preceptúa que la responsabilidad de todos los agentes es solidaria, sino que señala cuándo podrán ser condenados solidariamente.

Sólo para el promotor se declara su responsabilidad solidaria, en todo caso, con los demás agentes, por tanto, antes de la sentencia. Luego se trata de una excepción, frente a la regla de responsabilidad individualizada ya que, "en todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción". Esto determinará, en la práctica, que los adquirentes finales dirijan sus reclamaciones, directamente, contra el promotor-vendedor, o bien, se podrá reclamar directamente frente al asegurador (arts. 17.1 y 19). Para los defectos estructurales, el plazo de garantía es de

[927] El proyectista, que es quien por encargo del promotor, y con sujeción a la normativa técnica y urbanística, redacta el proyecto (art. 10). A él corresponde responder si los daños derivan de insuficiencias, incorrecciones e inexactitudes del proyecto, ya sean propias, ya de los profesionales a quienes encargue estudios, informes, etc., (art. 17.5). Claro, que la Ley deja en la penumbra la responsabilidad derivada de deficiencias en proyectos parciales, que no es el mismo caso, y que habrá de admitir distintas soluciones en función de quién haya encargado la confección de los mismos. La LOE sólo dice que cada proyectista parcial asume la autoría de su proyecto, y que han de hacerse todos de forma coordinada (art. 10.1), pero no es, propiamente, una regla de atribución de responsabilidades. El constructor, agente que asume contractualmente ante el promotor el compromiso de ejecutar, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11). Responde directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jebe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan. También cuando subcontrate con otras personas la ejecución de partes o instalaciones, así como de los causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición que, en ambos casos, corresponda (art. 17.6). El director de obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, urbanísticos, estéticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato (art. 12). El director de la ejecución de la obra también forma parte de la dirección facultativa, y tiene la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado (art. 13). Tanto el director de la obra como el de la ejecución de la misma, responden de la exactitud y veracidad del certificado final de obra (art. 17.7). Las entidades y laboratorios de control de calidad, tienen una función de asistencia técnica en el control de calidad de proyectos y materiales, de la ejecución de la obra y de las instalaciones (art. 14). La LOE guarda respetuoso silencio sobre la responsabilidad civil que les debe, sin duda, corresponder. Los suministradores de productos, son los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción (art. 15), existiendo idéntica laguna legal respecto a su responsabilidad.

diez años, desde la recepción de la obra. Durante este tiempo, responden los distintos agentes que han intervenido en la edificación, y de forma solidaria el promotor. El plazo para ejercitar la acción es de dos años desde que se manifiesta el defecto, y el plazo del responsable para poder repetir frente a otros agentes es de dos años desde la sentencia firme (art. 18.2). Para los daños causados por defectos de habitabilidad, el plazo de garantía es de tres años, siendo igualmente el plazo para ejercitar la acción de dos años (arts. 17.1.b y 3.1.c). Y por último, cuando se trata de defectos de terminación o acabado, el plazo de garantía es de un año y el único responsable es el constructor. Siendo, como en los casos anteriores, el plazo de ejercicio de la acción de dos años.

La ventaja de acudir a la nueva normativa sobre edificación es la existencia del seguro obligatorio (art. 19 LOE), mientras que las demás vías tienen la ventaja del plazo; también resulta favorable al perjudicado el mecanismo presuntivo de la causa, dado que la única razón de exoneración incluida en la nueva Ley, independientemente de que no se puedan probar los hechos constitutivos de la responsabilidad, es la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño (art. 17.8 LOE), con lo que parece consagrar una responsabilidad de carácter cuasi objetivo. Ni vale para exonerarse la mera ausencia de culpa ni tampoco que se hayan cumplido todas y cada una de las normas sobre control de calidad de la edificación[928].

Teniendo en cuenta que el plazo de prescripción de las acciones para pedir responsabilidad por defectos en la construcción se acorta, con respecto a la situación anterior, es especialmente interesante la pervivencia[929] de las acciones por incumplimiento contractual, cuyo plazo es de quince años, de modo que cabe plantearse si se podrá acudir a este remedio cuando ya se haya pasado el plazo de las acciones *ex*. art. 17 LOE, pues,

[928] YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op. cit., pág. 327.

[929] Una breve panorámica del contexto ordinamental existente al momento de entrada en vigor de la LOE, nos revela la existencia de la Ley de consumidores de 1984, con la disciplina sobre responsabilidad que se establece en sus artículos 25 a 28, de segura aplicación a los bienes inmuebles, conforme a su art. 1.2; o la Ley de responsabilidad por productos defectuosos, de 1994, aplicable a todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmuebles (art. 2.1), y que, aunque circunscrita al resarcimiento de los daños por muerte y lesiones corporales, o los causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, suscita de inmediato la relación con lo previsto en la Ley de ordenación de la edificación sobre instalaciones y equipamientos propios de los edificios. Existe, igualmente, una abundantísima legislación autonómica en materia de vivienda y seguridad en la edificación, (salvada, expresamente, como no podía ser de otro modo, por la Disposición Final Primera de la LOE), que, en no pocas ocasiones, incluye reglas que son genuinamente de responsabilidad civil.

como bien dice YZQUIERDO TOLSADA[930], continúan las dudas acerca de qué sucede cuando los vicios se manifiestan una vez transcurridos los respectivos plazos[931]. El cumplimiento del plazo de garantía determina, solamente, que el perjudicado carece de los mecanismos presuntivos de la causalidad. Aunque el art. 19.1 obligue a la contratación de un seguro obligatorio de daños o de caución con cobertura durante los distintos períodos de garantía, eso no puede significar que la Ley obliga al aseguramiento con esa cobertura temporal porque los daños manifestados después no son nunca resarcibles por los sujetos intervinientes. Sólo quiere decir que, al menos, los que aparezcan durante el período de garantía han de ser asegurados.

Dado que los artículos 17 y 18 LOE, no alteran el plazo de prescripción de las acciones derivadas del incumplimiento contractual, que seguirá siendo el general de quince años, ello conduce a pensar que puede producirse, en el futuro, un aumento de las acciones derivadas del incumplimiento contractual del promotor, en todos aquellos casos en que se hayan originado daños por vicios ruinógenos, que o bien, hayan aparecido dentro de los plazos de garantía establecidos por la LOE, pero cuya acción haya prescrito; o bien cuando el defecto estructural, de habitabilidad o acabado se descubra o se revele después de transcurridos sus correspondientes plazos de garantía. En tales supuestos todavía cabría

[930] vid. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op. cit., pág. 326. Sobre este tema DÍEZ-PICAZO (*Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 392), considera que si el propietario no ha ejercitado la acción en el plazo fijado para la legal, más reducido (dos años), que el de la exigencia de responsabilidad contractual (quince años), no podrá considerar el vicio constructivo como incumplimiento contractual. ¿para qué entonces la normativa específica de la Ley 38/1999?.

[931] La cuestión planteada, con anterioridad a la LOE, admitía dos posibles soluciones: una teoría, que podríamos llamar clásica, entendía que dado que el plazo decenal constituye una excepción a la regla general de que la recepción de la obra sin reservas por parte del comitente libera al contratista de responsabilidad, transcurrido aquel plazo, éste quedará definitivamente exonerado de toda responsabilidad, por los defectos ruinógenos aparecidos con posterioridad. En esta línea, GÓMEZ DE LA ESCALERA (vid. *La responsabilidad civil de los promotores*..., op. cit., págs. 179-180), considera que los artículos 1591 y 1909 CC (perjudicado-propietario y perjudicado-tercero), en cuanto constituyen reglas especiales en materia de responsabilidad civil derivada de defecto de construcción de obras inmobiliarias, excluyen la aplicabilidad de las reglas generales de la responsabilidad civil de los artículos 1101 y 1902 CC, y, en consecuencia, si el defecto constructivo, productor del daño se muestra después del plazo decenal, no podrá exigirse ninguna responsabilidad por ello a los que intervinieron en la construcción de la obra defectuosa. Frente a esta postura, otro sector doctrinal, consideraba poco equitativo que un mismo defecto de construcción pueda o no generar responsabilidad por la sola circunstancia de que se descubra, antes o después de los diez años de la terminación de la obra, implicando, en definitiva, la expiración del plazo decenal, no la liberación de responsabilidad, sino la desaparición de la presunción de culpa: si el defecto ruinógeno aparece antes de los diez años, se aplicará el art. 1591.1, presumiéndose que es debido a la culpa profesional de quienes intervinieron en la construcción del edificio; si el defecto ruinógeno se desvela después, no se aplicará aquel precepto y por tanto, no se presumirá la culpa, pero la responsabilidad subsistirá conforme a los principios generales (en esta última línea, SANTOS BRIZ, J., "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", en *RDP*, 1972, pág. 414; CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 108-109).

exigir al promotor la reparación, por incumplimiento de su obligación como vendedor, conforme al art. 1101 CC, dentro del plazo de prescripción de quince años[932], en la medida en que tal y como se deriva del art. 17.9 LOE, no es un objetivo de la nueva normativa el reducir la protección que a los adquirentes de inmuebles dispensan las normas generales sobre responsabilidad contractual. Esta responsabilidad contractual del vendedor por los vicios o defectos del artículo 17.1 se regirá por los artículos 1101 y 1124 CC, pues dada la entidad de los daños que contempla el art. 17.1, es indudable que existirá incumplimiento cualificado que permita resolver el contrato de venta.

Por otra parte, puesto que se excluyen de la tutela resarcitoria daños a otros intereses diferentes, tales como determinados perjuicios económicos integrados en la partida del daño emergente (gastos de alojamiento mientras se reparan los defectos, los costes de informes técnicos que valoran los daños causados, daños en el mobiliario), el lucro cesante por la interrupción del negocio que se desarrolla en el local arruinado y el daño moral de quien ve que su morada está sometida a las contingencias de la defectuosa construcción; esto va a determinar que un mismo supuesto fáctico, esto es, los defectos en la edificación, origine distintos tipos de daños, unos amparados por la LOE, con un plazo de garantía y de prescripción propios, de los que serían legitimados pasivos tanto los agentes que han intervenido en la construcción como la aseguradora; y otros menoscabos, que siendo provocados por la misma irregularidad constructiva, sin embargo, estarán sujetos al plazo de prescripción general de quince años, y cuyo posible resarcimiento se articulará de acuerdo con la normativa general en materia de responsabilidad contractual (cfr. art. 1101 CC), de los que únicamente responderá, en virtud del contrato de compraventa celebrado, el vendedor (sea o no constructor), lo cual significa que el adquirente podrá reclamar frente a su transmitente ejercitando las acciones contractuales pertinentes derivadas del contrato de compraventa, cauce ordinario de comercialización del inmueble por los promotores (sin olvidar el contrato de obra, a través del que se articulan las relaciones del promotor, en tanto que acreedor y comitente respecto del contratista y los técnicos). Concretamente el art. 17.9 LOE especifica que las responsabilidades establecidas en los números anteriores se entienden sin perjuicio de las acciones que

[932] En este sentido, vid. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO "El artículo 1591 CC ante la Ley de Ordenación de la Edificación", en op. cit., págs. 2309-2310. Igualmente MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, considera que la garantía legal que contempla el art. 17.1 LOE, no desplaza a la contractual, sino que la refuerza (*La figura del promotor...*, op. cit., pág. 84). También HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª D., "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 *RDP*, mayo 2001, págs. 405-407.

corresponden al comprador de edificios o de partes edificadas "conforme al contrato de compraventa suscrito con el vendedor, remitiéndose a los artículos 1484 y siguientes del Código civil y demás legislación aplicable a la compraventa". Esta remisión se hace también a los arts. 1124 y 1101 y ss. CC, pues como en toda compraventa, también en las inmobiliarias el vendedor se expone a una acción de cumplimiento o a la resolutoria.

También será necesario acudir a la normativa general cuando se produzcan deficiencias en el inmueble que obedezcan al desconocimiento de las condiciones pactadas en el contrato. En concreto, las diferencias que se manifiestan entre el proyecto o el contrato y la obra realizada, que suelen referirse a instalaciones, distribución, calidades, y originan un incumplimiento que deriva de la obligación de entrega, estos defectos escapan del ámbito de aplicación de la LOE cuando o bien no causan daño o cuando el daño no reviste la gravedad establecida en el art. 17.1 LOE. En tales supuestos se puede acudir a las acciones generales por incumplimiento (arts. 1101 y siguientes o art. 1124, si se considera que existe un incumplimiento resolutorio).

El artículo 17.9 LOE termina con un curioso llamamiento que deja a salvo las responsabilidades que correspondan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, con arreglo a los artículos 1484 y siguientes del Código civil, con lo que el legislador da por supuesto que existe un campo propio para los vicios ocultos, no cubierto por la responsabilidad especial por defectos de la construcción que tipifica, sin embargo, de momento, el Tribunal Supremo no nos ha suministrado muchos ejemplos de este campo, pues la jurisprudencia ha encauzado la protección del comprador por defectos en la vivienda o local vendidos, aplicando unas veces, sobre todo si el vendedor es promotor de la obra, el art. 1591 CC, estimando que se trataba de un supuesto de ruina de la construcción. En otras ocasiones, ha acudido a las reglas generales del incumplimiento de obligaciones, considerando que el defecto es una infracción de la obligación de entrega. Esta segunda opción la utiliza tanto en hipótesis de defectos leves o vicios, como en los defectos graves o *aliud pro alio*. Así, hasta ahora, se podría decir, que en materia de defectos en viviendas, la inaplicación de la normativa edilicia por el Tribunal Supremo ha sido completa[933].

[933] En este sentido, vid., ORTI VALLEJO, A., "Los vicios en la compraventa y su diferencia con el *aliud pro alio*: jurisprudencia más reciente", en *Aranzadi Civil*, 1996-I, págs. 57 a 60.

Una posible interpretación de este llamamiento, es la que realiza CORDERO LOBATO[934], que considera que si los vicios o defectos constructivos no reúnen los requisitos del art. 17.1, el único régimen aplicable es el de saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 y ss. CC, por lo que la responsabilidad del promotor-vendedor queda temporalmente limitada al plazo de seis meses del art. 1490 CC. Por nuestra parte, nos parece que la finalidad de esta remisión únicamente puede encontrar un campo de aplicación en aquellos supuestos en que nos encontremos ante un vendedor que no construyó (ni por sí ni por medio de otros), el edificio en el que aparecen los vicios ocultos no ruinógenos. Éste es al que el artículo 17.9 LOE, denomina "vendedor de los edificios o partes edificadas", al que otorga un tratamiento distinto y diferenciado del promotor.

Sobre este tema, queremos hacer una simple referencia a la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo (BOE de 11 de julio), cuyo objeto es la transposición al Derecho español de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (LCEur 1654).

La nueva normativa mencionada se construye sobre la idea de "conformidad del contrato". La idea de "conformidad", es un término que abarca supuestos que, en nuestro ordenamiento, se encuentran dispersos. Concretamente, la falta de conformidad no sólo se predica de defectos o menoscabos materiales, sino igualmente, por la falta de adecuación con las manifestaciones previas realizadas por el vendedor o fabricante del producto, o del consumidor al vendedor de manera expresa, que hayan provocado que dicho comprador pudiese concebir una serie de falsas expectativas al adquirir el producto. Dicha acepción, aunque es un término que se venía utilizando en el Derecho anglosajón, se corresponde con el concepto que quedó plasmado en el artículo 35.1º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (ratificada por España el 17 de julio de 1990 -BOE, núm. 26, de 30 de enero de 1991-), ha sido puesta como referencia obligada por un importante sector de nuestra doctrina para la eventual reforma de las normas que regulan actualmente la compraventa dentro de nuestro ordenamiento decimonónico[935].

---

[934] CORDERO LOBATO, E., "Comentario al artículo 17 LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, op. cit., Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 346.

[935] Este mismo criterio es el que nos parece observar en la Ley del Parlamento de Cataluña 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, cuando establece que en caso de incumplimiento de las condiciones, características o plazo inicial o final estipulados, la parte

Esta Ley incide, especialmente, en el régimen de los vicios de la compraventa contemplado en los artículos 1484 y siguientes del Código civil. Si bien el régimen del saneamiento por vicios ocultos contenido en el Código no resulta formalmente alterado, con la publicación y entrada en vigor de la nueva Ley se crea un régimen propio aplicable a la compraventa civil de bienes de consumo celebrada entre consumidores y vendedores profesionales, lo cual reduce, sensiblemente, el ámbito de aplicación de las normas del Código en este campo.

En cuanto al ámbito objetivo al que van dirigidas las normas mencionadas, se ciñe a lo que en ellas se denomina "bienes de consumo", esto es, a cualesquiera bienes muebles corpóreos, excepto cuando se trate de alguno de estos tres supuestos que aparecen en ella contemplados: bienes adquiridos mediante venta judicial; el agua y el gas, cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas; y, en último lugar, la electricidad. Permite la Directiva que los bienes de segunda mano, vendidos en una subasta administrativa en la que los consumidores puedan asistir personalmente a la venta, no tengan la consideración de "bienes de consumo", a efectos de esta norma, si así lo consideran los Estados miembros, esto es lo que ha hecho la Ley española en su art. 2, párrafo primero, inciso final. Quedan, igualmente incluidos en el ámbito de la nueva Ley los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de producirse o fabricarse (art. 2 de la Ley, apartado segundo).

Esta enumeración de bienes de consumo es compatible con aquella otra que se refiere a los bienes de naturaleza duradera y que afecta a la garantía del art. 11 de la LCU, apareciendo regulada en el RD 1507/2000, de 1 de septiembre[936], como un Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la LCU. Sin embargo, tanto en la

---

cedente puede exigir el cumplimiento del contrato, o la resolución del mismo, en ambos casos con la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes (art. 6.1), lo cual, partiendo de un concepto unitario de "no-cumplimiento", parece comprender también el cumplimiento defectuoso. De este modo, queda clara la posibilidad de acudir a la resolución en supuestos que, estrictamente, podríamos considerar de cumplimiento defectuoso, es decir, la Ley, en línea con su finalidad protectora de la situación del cedente, pone a disposición de éste el remedio de la resolución para casos en los que se plantean, conforme al régimen general del Código civil, dudas sobre su procedencia (calidades distintas de los inmuebles, incumplimiento de plazo, etc.). Este régimen resulta adecuado al concepto de incumplimiento contractual establecido en la propia Ley, ya que no sólo la falta de entrega, sino también la entrega en condiciones distintas a las pactadas supone incumplimiento contractual. Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Una primera lectura de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca...", en op. cit., págs. 212-213. PLANA ARNALDOS, M.ª C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 327.

[936] Este Real Decreto sobre Actualización de Catálogos de Productos, Servicios y Bienes a efectos de lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE de 12 de septiembre de 2000), ha venido a derogar el anterior Decreto 287/1991, de 8 de marzo, sobre la misma materia.

Directiva como en la Ley, se hacen dos restricciones importantes. Una primera restricción es la que afecta a las viviendas, por cuanto que dentro de aquel elenco de bienes de naturaleza duradera dado en este RD 1507/2000, el cual recogió bienes de naturaleza mueble en su mayoría, se incluyeron también, al mismo tiempo, otros bienes de naturaleza inmueble, en concreto, las viviendas. La segunda restricción viene dada por la corporeidad de tales bienes muebles.

La Ley dispone que los bienes de consumo serán conformes al contrato de compraventa; a continuación establece una serie de presunciones de conformidad, que son reproducidas en el artículo 3 de esta norma[937]. La falta de conformidad hace responsable al vendedor, reconociendo al comprador-consumidor, en los términos de la Ley, el derecho a la reparación del bien, a su sustitución, a la rebaja del precio y a la resolución del contrato (art. 4). La falta de conformidad concede al consumidor la facultad de optar entre exigir la reparación o la sustitución, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada (art. 5.1); tanto una como otra serán gratuitas para el consumidor. Si el consumidor no ha podido exigir la reparación o la sustitución, así como en los casos en que las mismas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, éste podrá elegir entre la rebaja del precio, -proporcional a la diferencia existente entre el valor del bien en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor del bien efectivamente entregado-, y la resolución del contrato. Así pues, el régimen de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC queda igualmente "retocado" en los supuestos de la nueva Ley. El vendedor, en todo caso, responderá de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega (art. 9.1 de la Ley), la acción para reclamar prescribirá a los tres años desde la entrega del bien.

[937] Respecto a cuáles son los criterios de interpretación por los que se presume la existencia de conformidad del bien adquirido, y que aparecen en esta Ley –prácticamente coincidente con el artículo 2 de la Directiva- dentro de su art. 3, en lo que ella misma denomina "conformidad de los bienes con el contrato", son los siguientes: a) supuesto en que los bienes "se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo", b) supuesto en que los bienes "son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo"; c) supuesto en que los bienes sean "aptos para el uso especial requerido por el consumidor, que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso", d) supuesto en que los bienes "presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado".

Lo único que queremos poner de manifiesto sobre este tema, es que nos parece poco justificado que el vendedor de bienes muebles responda durante dos años, y que sólo responda por seis meses (plazo del saneamiento por vicios del art. 1490 CC) el vendedor de bienes inmuebles[938]. Es por ello, que nos parece que la idea de conformidad del contrato conducirá a la unificación de acciones en la compraventa; a la equiparación entre vicios, defectos y ausencia de las calidades de la cosa; a la confusión del saneamiento con las acciones generales de incumplimiento y a la innecesariedad de exigir que el vicio sea oculto. Igualmente cabe intuir, que aunque su formulación se haya iniciado en el ámbito de la contratación entre los consumidores, su sentido se irá integrando dentro de los términos que definen el cumplimiento del contrato, lo que entendemos que, irremediablemente, tiene que abocar a una modificación de los mecanismos previstos de protección al comprador ante supuestos de cumplimiento parcial, defectuoso o mero incumplimiento; todo lo cual, quizás no sea más que otro exponente de la necesidad de reformar nuestro modelo de responsabilidad contractual, así como de superar la distinción entre las obligaciones genéricas y las específicas.

Así, lo proclama, entre otros, PANTALEÓN PRIETO[939], quien entiende que la primera premisa de un pretendido nuevo Derecho del incumplimiento contractual sería la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para todo aquello que supusiera una desviación del programa contractual, esto es, de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor que fuera sustancialmente común para todos los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en aquél tanto la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, como los

---

[938] También ORTI VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002, págs. 54-55: el autor, al comentar los criterios de transposición de la misma, considera como debe de aplicarse también a la compraventa de inmuebles, pues si bien la protección de la calidad de la vivienda, debido a las particularidades de este sector de la producción y venta, tiene su sede legal en la LOE, eso no significa, que transcurridos los correspondientes plazos de responsabilidad que la LOE previene para los agentes de la edificación, el tercer adquirente pueda dirigirse como comprador y reclamar contra el vendedor por los defectos en el marco de la disciplina general de la compraventa. En el mismo sentido vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo", en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, pág. 125.

[939] vid. PANTALEÓN PRIETO, F., "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1993, págs. 1720-1721. RUBIO GARRIDO, T., "La garantía del artículo 11 LCU", en *ADC*, 1990, pág. 895; FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa...*, op. cit., pág. 378. ORTI VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil...*, op. cit., págs. 21 a 25. Igualmente REYES LÓPEZ, M.ª J., "La idea de conformidad en el Ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Directiva 1999/44/CE", en *Derecho Patrimonial Europeo*, op. cit., págs. 337 y 338.

defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, o los llamados vicios ruinógenos del contrato de obra.

3.- INADECUACIÓN ENTRE LO PREVISTO Y LO ENTREGADO.

La obligación del promotor es entregar una vivienda ajustada a su finalidad, esto es "un lugar destinado a servir de residencia de una persona física y de su familia, y ello por un número razonable de años". En la práctica, esta obligación de resultado sirve para fundamentar una responsabilidad por defectos o faltas de conformidad con las condiciones del contrato, generando una violación del acuerdo, con independencia de que haya o no un vicio oculto. La contravención a lo pactado, no implica una deficiencia sino una inadecuación a lo que ha sido contractualmente previsto. La contravención de lo estipulado contractualmente, se considera como un incumplimiento contractual aunque no produzca como resultado un daño material, la lógica de este razonamiento reside en que, aunque cualquier daño puede considerarse como un incumplimiento contractual, no todos los incumplimientos contractuales son daños. Es por ello que el adquirente pueda exigir el cumplimiento correcto del contrato al amparo de los artículos 1091, 1095, 1098, 1101, 1166 y 1258 CC[940].

Para poder determinar que se ha producido una prestación adecuada y correspondiente en eficiencia al precio que se paga, se requiere, como presupuesto esencial, la existencia de la realidad física del inmueble, como un cuerpo de obra cierto y acabado. Existencia que se da, al tiempo de perfeccionarse el contrato, cuando se trata de contratos de compraventa de inmuebles terminados, donde las partes miden la superficie de lo negociado, el comprador prueba las instalaciones y sus componentes, comprueba la calidad de lo que se le entrega, aunque siempre se acepte el riesgo que supone la posible existencia de vicios por deficiencias en la construcción o por falta de calidad de los materiales. En tales supuestos, la entrega del inmueble vendido tiene lugar, normalmente, de manera simultánea a la firma del contrato de venta. Esta coincidencia no tiene carácter de necesidad absoluta, todo dependerá de lo que las partes hayan previsto.

[940] Este posible incumplimiento, sea o no productor de daños, genera una responsabilidad estrictamente contractual *inter* partes, manteniéndose la LOE al margen de esta responsabilidad, tal y como se desprende del artículo 17.1, *ab initio* ("sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales..."), en concordancia con el artículo 18.1, *in fine* LOE ("..., sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual").

Pero si el objeto adquirido está en construcción[941], el adquirente soporta, junto al riesgo general o común antedicho que toda compra comporta, otros muchos. Así, en los contratos referentes a pisos sin construir, no cabe la posibilidad de cotejo entre la realidad y lo ofrecido, sino que esa comparación ha de hacerse conforme a los antecedentes obrantes en el proyecto, planos del edificio, sin desatender la importancia que adquiere la publicidad sobre un objeto, sobre todo, si es un objeto aun no existente.

Es por ello que cuando llega la hora de determinar si se ha producido el cumplimiento del acuerdo que recaía sobre el piso proyectado, será necesario que la cosa entregada sea conforme a lo convenido. Pero el fundamento de tal obligación de conformidad no hay que buscarlo únicamente en el propio contrato de venta de inmueble a construir, sino también en la licencia de edificación, el proyecto, y demás documentos descriptivos que lo acompañen, sin poder menospreciar la importancia que reviste la publicidad.

A) El proyecto.

a) Concepto y funciones del proyecto en la LOE.

Cuando un promotor adopta su decisión de llevar a cabo la promoción de una determinada edificación, esto implica el haber meditado esta decisión teniendo en cuenta una multitud de factores[942]. Con carácter previo al encargo del proyecto, se debe tener

[941] Como bien señala Carlos LASARTE ÁLVAREZ, el Código civil (sobre todo, en el Capítulo primero, del Título dedicado a la compraventa), presta mucha mayor atención a la certeza y a la determinación del precio que a las del objeto del contrato. Responde con ello el Código, a coordenadas que, en nuestros días, se dan con menos frecuencia que en el momento de la publicación del Código y a una configuración típica del contrato en cuestión que implica la previa existencia de la cosa, en el momento de accederse al acuerdo contractual. Y, claro está, cuando la cosa vendida no puede ser analizada por el comprador en el momento de perfeccionamiento del contrato o requiere una cierta utilización de la misma para apreciar sus verdaderas cualidades, la concreta determinación de la cosa vendida adquiere mucha mayor importancia de la que se le otorga a lo largo de los artículos 1445 y siguientes del Código. Pero la práctica no se caracteriza por obviar semejantes extremos en relación con la venta de pisos en construcción o en proyecto, sino precisamente por obscurecer las condiciones o circunstancias de calidad y terminación de los pisos vendidos ("Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación [En torno a la STS de 27 de enero de 1977]", en *RDP*, 1980, pág. 63).

[942] Toda promoción suele ir precedida del correspondiente estudio económico, que consiste en la cuantificación de los previsibles ingresos y gastos de una promoción, para determinar el resultado de la misma. En este momento inicial, existen una serie de partidas cuyo importe no es posible conocer con exactitud. Sí es conocido el precio del suelo. El coste de ejecución material o precio de contrata puede calcularse multiplicando los metros cuadrados susceptibles de edificar en viviendas, sótanos y bajos comerciales por precios de mercado, que en el caso de viviendas vendrán marcados por las calidades a emplear. Otros partidas importantes a considerar son los, comúnmente llamados, "papeles", tales como honorarios de proyecto y dirección, de notaría y Registros, tasas, impuestos, seguro de todo riesgo en al construcción y el decenal, aval en garantía de cantidades a cuenta, etc., y los gastos financieros o intereses

claro el tipo de viviendas que se desean construir –si se trata de una promoción de protección oficial, su superficie máxima viene determinada por la Ley (90 metros cuadrados útiles)-. Respecto de los locales comerciales y plazas de aparcamiento, habrá que estar a lo que dicten las ordenanzas. Otra cuestión es decidir el número de sótanos a proyectar sin perjuicio, de que cubierto el número de plazas exigido por la normativa, puedan proyectarse alguna más.

Uno de los elementos fundamentales es la concreción de las calidades o materiales a emplear e instalaciones con las que vamos a dotar las viviendas programadas (está claro que tratándose de VPO, las exigencias anteriores vienes impuestas en cierta forma por la limitación del precio de venta y de las normas técnicas de diseño y calidad). El abanico de posibilidades se presenta tan amplio como se quiera y está ineludiblemente ligado al precio de venta. Sin perjuicio de diseños y colores, que pueden quedar al arbitrio de la dirección facultativa, se ha de puntualizar respecto de ciertos materiales e instalaciones, tales como el tipo de cubierta y cerramientos, carpintería interior y exterior, alicatados, solados, revestimientos, aislamientos, pinturas, sanitarios e incluso instalaciones de antena y portero automático. Otro punto importante es el sistema de calefacción o climatización del edificio (desde los radiadores eléctricos, hasta la instalación de bombas de calor-frío, el más moderno gas-ciudad, pasando por una variada gama intermedia a base de la tradicional calefacción alimentada por tanque de gasóleo y contador general, o contadores o, incluso calderas individuales por vivienda).

El proyecto se convierte en un elemento fundamental, interpretativo e integrador del contrato de obra, y de los distintos contratos de compraventa que se realicen y tengan por objeto las viviendas todavía en construcción.

De acuerdo con el art. 4 LOE, “el proyecto es 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”.

---

generados por los créditos necesarios, así como los gastos de gestión (personal, material, oficinas...) precisos para el seguimientos administrativo y comercial de la promoción. Un estudio detallado de todas estas partidas en MIRANDA CABRERA, A., *Manual del promotor inmobiliario*, Comares, Granada, 1999, págs. 16 y ss.

Respecto a los documentos que integran el proyecto definitivo[943], destacan los siguientes: a) los planos de conjunto y de detalle, que deberán ser suficientemente descriptivos para la exacta realización de la obra; b) la memoria, que es la aplicación detallada del proyecto y, más concretamente, de los planos. Por ello contiene todos los elementos necesarios e imprescindibles para la recta interpretación de los mismos, tales como la naturaleza, cantidad y calidad de los materiales así como las indicaciones sobre la ejecución de la obra; c) el pliego de condiciones, que recoge, con carácter general, las obligaciones de ambas partes, así como ciertas cláusulas de estilo en todos los contratos de construcción, tales como garantías convencionales, cláusulas de arbitraje, etc.; de igual modo, es el documento que especifica las condiciones técnicas facultativas para la ejecución de la obra; d) el presupuesto, que constituye el estudio económico de la obra, es decir, el cálculo anticipado de su coste y, en consecuencia, deberá contener los estados de mediciones, los precios unitarios y descompuestos, los presupuestos parciales de cada momento de obra y el presupuesto general de la totalidad de los trabajos objeto del proyecto.

Si bien, en la legislación civil anterior a la LOE, el proyecto había sido el elemento olvidado dentro del proceso constructivo, tras la aparición de la Ley, el mismo se presenta como elemento definidor del proceso, en primer término, y como regulador del desarrollo de ese mismo proceso[944] en una fase posterior. El art. 4 LOE, se refiere al proyecto como elemento del proceso constructivo que cumple la primera de estas funciones. El proyecto como elemento definidor del proceso constructivo[945], tiene diversas manifestaciones:

En este primer sentido, el proyecto, que en sí mismo es objeto de un contrato de obra, es a su vez el instrumento definidor del objeto del contrato de obra de edificación regulado por la LOE, en el sentido de los artículos 1261 y 1273 CC. Así lo manifiesta

[943] Una detallada explicación sobre el contenido del proyecto se puede ver en GONZÁLEZ CARRASCO, C., "Comentario del artículo 4 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 112 a 122. También DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción...*, op. cit., págs. 235 a 267. Igualmente en GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la construcción*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 238 ss.

[944] Los artículos 7 LOE (que hace referencia a las modificaciones del proyecto), 11.2.a LOE (ejecución de la obra según proyecto), 12.1 LOE (dirección de la obra conforme a proyecto que la define), 12.3.d. LOE (necesidad de que las modificaciones del proyecto se adecuen a las disposiciones normativas contempladas y observadas en su redacción), y 17.5 LOE (criterios de imputación de responsabilidad a los técnicos proyectistas), son expresión de la segunda de las funciones señaladas al mismo.

[945] En este sentido, vid. GONZÁLEZ CARRASCO, C., "Comentario del artículo 4 de la LOE", en op. cit., págs. 108-109.

expresamente el artículo 122 Ley de Contratos con la Administración Pública, cuando tras la reforma operada por Ley 53/1999 sigue afirmando que "la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, en su caso, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato". Este carácter definidor aparece, por ejemplo, en la STS 1 julio 1992 (RJ 6498). Dicha resolución, tras distinguir entre cosa futura o imprecisa, que considera que es a la que se refiere el art. 1271 CC y cosa futura determinada, en la que ya se da la existencia de una base material, que se concreta en el solar sobre el que se va a edificar, afirma que en esta última, no se produce una inexistencia total, a modo de venta de esperanza, sino una futuridad prevista, convenida expresamente, que únicamente requiere para su consolidación la efectiva función constructora. Además, junto al solar, el requisito de la determinación se concreta en la existencia del plano o del proyecto que se incorpora al contrato y del cual se propugna su valor normativo.

También determina y concreta el objeto de la licencia de obras (art. 9.1.1 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que en la actualidad hay que interpretar conforme a lo dispuesto en el art. 2 LOE). En caso de discrepancia entre la solicitud de licencia y el proyecto sobre lo que constituye el objeto de las obras, prevalece éste, ya que es al que se remite la solicitud y sobre el que versa el control de la Administración. La licencia de obras es, pues, un "acto en blanco" cuyo contenido se integra por remisión al proyecto autorizado. Por ello no puede pretenderse obtener licencia condicionada a la presentación del proyecto definitivo, pues es éste el que debe valorarse.

Por lo anterior, es el proyecto, y no la licencia, el referente último de la declaración de obra nueva. Según el art. 22 de la Ley del Suelo 6/1998, de 13 de abril, los notarios y registradores exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto objeto de la misma. Para autorizar e inscribir escritura de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación, se acompañará certificación expedida por técnico competente de que la descripción de la obra 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 y finalización de la obra antes mencionada. Tanto

la licencia como las mencionadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras.

b) Carácter normativo del plano. ingreso del proyecto en el ámbito contractual.

El artículo 1461 CC enuncia las dos obligaciones fundamentales del vendedor: la entrega y el saneamiento. Ahora bien, cuando se compra un piso aún no terminado, sin el carácter de apto para ser una vivienda, corrientemente, la posición del vendedor la ocupa el promotor, que organiza la construcción del inmueble y establece el programa de realización de la obra, para que otros adquieran la propiedad sobre ella. Aunque en todo caso habrá que estar a los términos del contrato para conocer su contenido, cabe afirmar que, como regla, el vendedor, obligado desde la perfección del mismo a entregar la vivienda, el local o edificio, una vez terminados (arts. 1450 y 1461 CC), se obliga también a construirlos previamente o a promover su construcción o a garantizar que lo hará un tercero. De lo anterior podemos deducir que la obligación de hacer, de edificar o de construir está firmemente unida a la obligación de entregar, ambas integran una sola prestación o conducta: la de entregar el piso comprado de acuerdo con lo estipulado en el contrato[946]. Es por ello que aunque la obligación de hacer no se pacte expresamente en el contrato de compraventa que realizamos con el promotor, se deduce de la ratio económico-jurídica, del fin perseguido en el contrato: comprar un piso para vivir en él.

El vendedor debe edificar un inmueble conforme en todos los puntos a aquello a que se haya comprometido en el contrato[947], tanto en cantidad como en calidad, es decir, en superficie, materiales, equipamiento, etc. Tales especificaciones están en función de aquello que, a su vez, le haya sido prometido al vendedor en los distintos negocios concluidos con los constructores y demás técnicos intervinientes en la edificación[948]. Es

[946] SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J., y GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores", en *RDN*, abril-junio 1976, págs. 136-137.

[947] Este planteamiento jurídico de considerar la obligación de conformidad como un aspecto o una consecuencia de la obligación de entrega que se desprende del contrato de venta, ha sido discutido. Se considera que la obligación de conformidad presenta una estrecha relación con la obligación de construir el inmueble vendido, ya que antes de poder entregar el inmueble conforme con lo prometido, es necesario que el vendedor construya un inmueble y que tal construcción se ajuste a lo prometido. Es por ello, que algunos autores franceses ubican la obligación de conformidad dentro de la obligación de construir el inmueble vendido. Es el caso de DAGOT, M., *La vente d´immeuble à construire*, Litec, París, 1983, pág. 629. También MALINVAUD, Ph. y GESTAZ, Ph., *Droit de la promotion immobilière*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1995, págs. 258 y ss.

[948] Tenemos claro que la existencia física completa y definitiva de una edificación involucra a toda una serie de agentes de la edificación, implica que se establezcan numerosos tipos de contratos, el contrato de

por ello, que se toma como punto de partida, como referencia, en el contrato de venta las estipulaciones previstas en los proyectos que figuren en tales contratos de obra, de tal forma que el vendedor siempre pueda reclamar contra el contratista en caso de defecto de conformidad. De esta forma el proyecto descriptivo entra en el ámbito contractual, si bien, no juega ningún papel en materia de vicios ocultos.

Desde este punto de vista resulta extraordinariamente descriptivo el Fundamento de derecho segundo de la sentencia del TSJ de Navarra de 8 de octubre de 1998 (RJ 8598), que establece que "en las ventas sobre plano de viviendas en construcción, las viviendas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación. En ellas, el consentimiento contractual se otorga en contemplación a las características –orientación, configuración, distribución, superficie, etc.- resultantes del plano incorporado al contrato, que en estos casos no sólo tiene una función descriptiva del objeto contractual, sino que ejerce también un papel objetivamente normativo para el promotor-vendedor, en cuanto le obliga a construir o hacer construir las viviendas vendidas de forma que reúnan aquellas condiciones. A la obligación de entregar la posesión, inherente a la compraventa, se halla en tales casos, indisolublemente unida, como premisa o presupuesto de su exacto cumplimiento, la de ejecutar u ordenar ejecutar la obra de modo que las viviendas construidas se ajusten a las previsiones del plano incorporado al contrato. Por ello, cualquier desviación, no consentida respecto al mismo, puede ser enjuiciada en el contexto del incumplimiento del contrato y no en el de errónea representación del objeto al tiempo de su perfección"[949].

---

obra por el que el promotor-comitente encarga la ejecución de la edificación, el encargo del proyecto que puede ser realizado por el promotor-vendedor, o por el constructor, las subcontrataciones que realiza a su vez el contratista. Sin perjuicio de hacer referencia a la posibilidad de demandar solidariamente a todos los intervinientes en la obra, está claro, que el promotor responde en todo caso, además es la parte con la que nosotros directamente hemos celebrado nuestro contrato, unido a que es la persona obligada a suscribir la garantía decenal por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales.

[949] También las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 julio de 2000 [AC 1541], y de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de octubre de 2002 (en *Actualidad civil*, núm. 07, semana del 10 al 18 de febrero de 2003). Sobre este tema, el artículo 3.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, establece que cuando el contrato sea otorgado, contando con la licencia de obras, se exige que se incorpore "el contenido de la misma, así como las determinaciones del proyecto o, si procede, la certificación emitida por el facultativo de la obra, y la memoria de calidades según el proyecto redactado por el facultativo correspondiente". Puesto que aquí se cuenta con una descripción contenida en el proyecto, se ha creído oportuno la incorporación de todos aquellos documentos de los que puedan resultar los datos relevantes para la realización de la obra, previsión que tiene una evidente utilidad. La finalidad que se persigue, es que queden claros y fijos todos los extremos a los que abarca la prestación del cesionario-promotor, extremos que no sólo alcanzan, abstracta o genéricamente, a que proporcione un local, vivienda o construcción, sino, además, a que el objeto tenga y esté construido de una determinada manera, tanto técnica (condiciones, cualidades, calidad y materiales de la

De acuerdo con lo expuesto, las diferencias que se manifiestan entre el proyecto o lo convenido contractualmente, y la obra realizada y entregada, constituyen un incumplimiento de la obligación de entrega y escapan del ámbito de la LOE, cuando o bien no causan daño o cuando el daño no reviste la gravedad establecida en el art. 17 LOE. Si la vivienda debe entregarse con las mismas características pactadas, habrá de serlo, obviamente, con la cabida estipulada.

c) La obligación de entrega en relación con la cabida en la compraventa de inmuebles.

Nuestro Código civil dedica a esta materia los artículos 1469 a 1471, debiendo de precisarse que esa normativa se refiere a problemas de cabida en la venta de inmuebles específicos, y más concretamente, a una diferencia entre la cabida efectiva o real en el momento de la conclusión del contrato y la que se estimó que tenía erróneamente entonces. No se trata, pues, de una divergencia entre la cabida del inmueble en el momento de la conclusión del contrato y el de la entrega, que daría lugar a un incumplimiento de esta obligación, con régimen jurídico distinto[950]. Las hipótesis previstas son las siguientes:

a´) Venta de un inmueble con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número.

Se trata de la compraventa de bienes inmuebles con deslinde de los mismos, expresión de la cabida y fijación del precio en función de las unidades de medida que

obra), como jurídica (legalidad) y en un determinado tiempo. La importancia del precepto no resulta de los efectos que predica –que se producirán igualmente-, sino del mandato de inclusión de las especificaciones de la obra en el contrato, que permite acreditar con mayor facilidad que el incumplimiento se ha producido.

[950] Vid. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 268.

comprende la finca[951], por lo que la constancia de estos datos (cabida y precio por unidad) constituyen factores decisivos para las partes[952].

El párrafo segundo del art. 1469 CC, resuelve el problema de que la cabida real sea menor, preceptuando que "tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si éste lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato; pero si esto no fuere posible, podrá el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio o la rescisión del contrato, siempre que, en este último caso, no baje de la décima parte en la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble[953]". En cambio, si la cabida es mayor de la expresada en el contrato, seguía el artículo 1470, "el comprador tendrá obligación de pagar el exceso de precio si la mayor cabida o número no pasa de la vigésima parte (...), pero, si excediere, el

[951] Hay que distinguir este supuesto, en el que el objeto del contrato es un determinado inmueble, perfectamente delimitado, de aquel otro en el que el objeto fuesen las distintas unidades de medida de una finca, pero no la finca en cuanto a tal. Contraponiendo estas dos figuras, venta a tanto la medida y venta a medida, pone de manifiesto SANAHUJA SOLER, que en la segunda no se trata de la venta de un predio de tantas hectáreas, sino de tantas hectáreas de un predio. Según el citado autor, en la venta a tanto la medida se trata de la venta de la totalidad de un predio al que se ha señalado una cabida, fijándose el precio por unidad de medida. No hay pluralidad contractual por pluralidad de objeto, sino unidad objetiva con determinación del precio basado en un cálculo sobre la medida ("Cuestiones sobre cabida en la venta de inmuebles", en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, conferencias del cursillo del año 1946, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1947, pág. 208).

[952] La sentencia del TSJ de Navarra de 8 de octubre de 1998 (RJ 8598), a efectos de concluir que el supuestos litigioso no constituía una venta a tanto la unidad de medida, en contra de lo que alegaba el promotor-vendedor que reclamaba que la parte compradora podía optar entre la resolución del contrato o el abono de la mayor superficie de las viviendas respecto de la que figuraba en los planos y contratos suscritos, precisa que "en términos generales, para que el precio de la compraventa se repute convenido a tanto la unidad de medida, es necesario que en la voluntad común de los contratantes hubiera estado su vinculación a las dimensiones efectivas del inmueble. Tal hipótesis es constatable en los contratos en que las partes han precisado la superficie total del objeto y el precio por metro cuadrado, aunque no el importe total resultante, e incluso en aquéllos en que los contratantes no han fijado la extensión superficial, ni el montante global de la compraventa, pero sí el precio por unidad de medida; pero, según constante jurisprudencia, no lo es en los contratos en que, habiéndose especificado la dimensión global del inmueble y el precio total, no aparece concretado en cambio un precio singular por unidad de medida".

[953] Vemos como la primera opción que se le concede al comprador es exigir el cumplimiento en forma específica, congruente con el artículo 1096 CC. Respecto de lo limitado de la posibilidad de rescisión, BORRELL SOLER, afirma que debería dejarse a discreción del comprador la rescisión de la venta, aunque la diferencia de extensión no alcance el mínimo que señala el Código, concordaría con lo que éste dispone con referencia a los defectos de la cosa vendida, que dan lugar a la rebaja del precio o a la rescisión a voluntad del comprador -art. 1486 CC-, y a lo que dispone el mismo Código con relación a las compras a prueba o al gusto -art. 1453-, (*El contrato de compraventa según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1952, pág. 105). Aparte de este argumento de interpretación sistemática, respecto a que no se debe limitar la posibilidad de elegir al comprador, MADRID PARRA, opina que el comprador podría haber sufrido un error esencial que vició el consentimiento o afectó a la causa del contrato. En este caso no tendría sentido establecer un límite mínimo en la diferencia de cabida para que la anulación sea posible. Debería admitirse en todo caso. Ya que de lo contrario se daría la paradoja de que el comprador no podría desistir del contrato si la diferencia de cabida no alcanza la décima parte, aunque la extensión indicada en el contrato fuera esencial para el fin del negocio; mientras que, si la diferencia llega a la décima parte, se podría rescindir el contrato, aunque ello en realidad no llegase a afectar a la base del negocio ("La cabida en la compraventa de bienes inmuebles", en *RCDI*, núm. 554, enero-febrero 1983, págs. 71 y ss).

comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble o desistir del contrato[954]".

b´) Venta de un inmueble por precio alzado o venta de cuerpo cierto.

Es la llamada venta como cuerpo cierto, de la que se ocupa el artículo 1471 CC, bajo el presupuesto de irrelevancia de la cabida. El hecho de establecerse el precio alzado es lo decisivo para configurarla. Si constase la cabida, ello no sería más que un elemento descriptivo del objeto de la compraventa, sin ninguna trascendencia contractual[955]. De ahí que el párrafo primero del precepto mencionado disponga que no habrá lugar a aumento ni disminución de precio, "aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato".

Ahora bien, el párrafo segundo del citado artículo contiene una norma que ha sido calificada[956] de "galimatías jurídico", siendo tachada de oscura por la doctrina al contradecir en apariencia lo dispuesto en el párrafo primero, pues dice "(...) si además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida o número, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun cuando exceda de la cabida o número expresados en el contrato; y, si no pudiere[957], sufrirá una disminución en el precio

[954] Respecto al porqué del diferente límite (décima o vigésima parte) que se establece para los casos de defecto o exceso de cabida, se entiende que la diferencia de cabida que marca el límite en caso de exceso es menor porque no se puede obligar al comprador a adquirir más de lo que pretendía, no sólo porque puede que carezca de recursos para pagar un mayor precio, sino que se puede llegar a desnaturalizar el contrato al obligar al comprador a adquirir lo que posiblemente no deseaba.

[955] Así el Tribunal Supremo viene declarando con reiteración que en los contratos en que, no habiéndose indicado un precio singular por unidad de medida, se ha especificado la dimensión total del inmueble, la Ley da prevalencia al primer factor –el de la falta de precio por unidad de medida- y presume o supone que aquella individualización –la relativa a la dimensión superficial- no ha tenido para las partes un valor esencial y sólo constituye una superabundancia, habiendo mantenido, incluso, que ello constituye una presunción de valor absoluto contra la que no cabe prueba en contrario (SSTS de 26 de junio de 1956 (RJ 2729), 4 de abril de 1979, 19 junio 1984 [RJ 3252], 12 de diciembre de 1994 [RJ 9415] y 25 de febrero de 1997 [RJ 708]).

[956] GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo XIX, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1980, pág. 242.

[957] Acerca del significado de la expresión "y si no pudiere" que utiliza el Código, la doctrina se encuentra dividida al interpretar tales palabras. Para SCAEVOLA (*Código civil concordado y comentado* extensamente, XXIII, Madrid, 1906, pág. 512) y MADRID PARRA ("La cabida en la compraventa de bienes inmuebles", en op. cit., pág. 103) quiere decir que si el vendedor no pudiere entregar todo lo comprendido en los linderos según la cabida pactada, porque ésta es menor en la realidad, deberá sufrir una reducción en el precio o la anulación del contrato, según la opción que el comprador ejercite. Si el vendedor cumpliera entregando lo comprendido dentro de los linderos, independientemente de la cabida, nunca podría tener lugar la disminución proporcional del precio, porque no da menos quien entrega todo a lo que se obligó. Conforme a esta interpretación, el vendedor perderá tanto si hay exceso como defecto de cabida, ya que en el primer

proporcional a la que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló".

El supuesto de hecho que configura el párrafo primero del art. 1471 CC, está caracterizado por la adquisición que el comprador hace de un cuerpo cierto, es decir, de una cosa concreta y determinada que adquiere en cuanto tal y por la que paga un determinado precio global. Sería obvio presumir que el comprador de un inmueble por un precio alzado lo ha visto previamente y que lo conoce; y, en todo caso, si no lo hizo, pudo hacerlo; en definitiva, compró ese concreto inmueble tal cual existía en ese momento, sin que con posterioridad pueda alegar que tenía una cabida distinta a la que el comprador creía. Esta pureza de la doctrina del cuerpo cierto, supone que no se admite, en principio, aumento ni reducción del precio sea cualquiera la diferencia en más o en menos porque, obliga al vendedor a entregar todo lo comprendido en los linderos de la finca. Los linderos son los que individualizan, distinguen y acusan la certitud del cuerpo, se imponen sobre la cabida y el precio alzado permanece invariable.

Respecto a cuál sea el fundamento que concede el Código civil a las acciones de cabida reguladas en los artículos 1469, 1470 y 1471, parece predominar la doctrina[958] de que por ser razonable presumir, en numerosos casos, que el contrato se hubiera concluido lo mismo aunque las partes hubieran conocido a tiempo la medida exacta, el legislador adopta, en vía normal y presuntiva, la configuración del mero error de cálculo, que deja en pie el contrato y puede conducir al máximo, con su rectificación, a una correspondiente modificación del precio.

---

caso no podrá reclamar un aumento del precio, perdiendo el valor del exceso, y en el segundo, deberá sufrir una disminución del mismo o la anulación del contrato. MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, X, Madrid, 1919, pág. 166) y MEDINA DE LEMUS (*Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 296) GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", en op. cit., pág. 243: estiman equivocada la anterior interpretación y considera que para la más correcta doctrina la expresión de cabida es sólo un dato para la identificación de la finca a efectos hipotecarios, pero sin que derive ningún efecto contractual entre las partes. Se trata de una compraventa de cuerpo cierto por un precio alzado fijado sobre la base de la consideración global del inmueble, de forma que un exceso o defecto de cabida –siempre que el vendedor entregue todo lo comprendido en los linderos- no tendrá influencia en el precio, ya que no fue fijado en función de la cabida; el vendedor no podrá reclamar un mayor precio por exceso de cabida, ni el comprador una disminución por defecto en la misma. El párrafo 2º del art. 1471 CC, se aplica en el caso de que el vendedor no pueda entregar todo lo comprendido dentro de los linderos de la finca vendida por precio alzado, porque, por ejemplo, una parte, un edificio, un valle, varios medianiles, una cañada, etc., no son suyos; la venta de cuerpo cierto quedaría desnaturalizada, ya no se vende lo convenido, ya es justa y lógica la solución que da el artículo: o se anula el contrato o se rebaja el precio proporcionalmente. Esta última postura es a la que nos adherimos.

[958] Vid. entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, op. cit., pág. 269; GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", en op. cit., págs. 224 y ss.

d) Proyecto meramente descriptivo y proyecto normativo.

Cuando se vende un cuerpo cierto, se puede adjuntar un plano a la escritura que servirá para aclarar detalles, es decir su función será meramente descriptiva, de forma que, si existe discordancia entre el plano y la realidad, siendo ésta patente –por encontrarse la finca perfectamente deslindada en la realidad del terreno, con límites fijos y patentes de carácter natural o con hitos establecidos con arreglo a las prácticas y costumbres de cada país-, no produce consecuencias jurídicas alguna, igual que una descripción equivocada de un inmueble que se vende como cuerpo cierto, no engendra conflicto, pues las partes, a través de una descripción literal o de una delineación gráfica, siempre se remiten a la realidad, al cuerpo cierto que se ha podido ver y examinar con anterioridad; en definitiva la cosa cierta es la que es y no puede identificarse con otra[959].

En cambio, en el supuesto de que se tratara de fincas indeterminadas en su delimitación o configuración real, el plano ejerce un papel no meramente descriptivo, sino objetivamente normativo, en el sentido de que la finca que se compra o se vende ha de hallarse situada, configurada, orientada y deslindada tal como se indica en el gráfico; y las diferencias con la realidad se traducen en cuestiones de orden jurídico. Nos hallamos entonces ante un contrato especial de compraventa no contemplado en el Código civil: la venta sobre plano.

Ya se ha hecho la necesaria distinción entre venta de cuerpo cierto acompañada de un plano descriptivo, y la venta sobre plano. Podrá surgir la dificultad de calificar un contrato sobre la base de los términos del mismo, pero una vez calificado como venta sobre plano en sentido estricto, el régimen jurídico aplicable es bien diferente en uno y otro caso, como ha quedado de manifiesto.

En la venta sobre plano el comprador quiere asegurarse que la finca que compra tiene todas las características que se señalan en el plano. En contra de lo que es corriente en la compraventa, hay en tal supuesto una garantía de cabida o de otros elementos de la

[959] Así estima SANAHUJA SOLER que lo que prevalece en tal caso son los linderos reales de la finca, los límites naturales o los mojones puestos. Frente a los conceptos expresados en el contrato o a los diseños planimétricos, los términos de la finca se imponen jurídicamente podemos decir con la misma fuerza sagrada que tuvieron en los comienzos de la propiedad privada. De forma que existiendo en la finca límites indelebles o hitos puestos según la práctica jurídica de la comarca o del pueblo, no puede suscitarse problema ni dificultad alguna. Hay que atenerse a ellos, sin más ("Cuestiones sobre cabida en la venta de inmuebles", en op. cit., pág. 216); también MEDINA DE LEMUS, M., *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, op. cit., pág. 335.

finca. Bastan, según MADRID PARRA, estas indicaciones para deducir los requisitos de esta venta, la primera condición, es que el predio, ya totalmente ya en alguna de sus características (extensión orientación, figura, nivelación) no se venda como cosa cierta y determinada, que el comprador haya podido examinar y apreciar, porque la cosa cierta es la que es y no puede identificarse con otra. Y la segunda condición, es que conste en el contrato la perfecta correspondencia que ha de existir entre el plano y el terreno[960].

Las cuestiones que pueden suscitarse en cuanto a esta especie de venta son comunes a todas las ventas efectuadas sobre cosas representativas del verdadero objeto del contrato (sobre muestras, sobre tipo, sobre diseño). Algunos consideran la operación como venta condicional, estimando parte de ellos que la condición es suspensiva (la venta se entenderá perfecta si el inmueble coincide con el plano) y otros que se trata de una condición resolutoria (la venta quedará sin efecto en el caso de que dicho predio sea diferente de su modelo). En realidad es un negocio puro[961]. El que la realidad deba corresponder al plano no es una condición del contrato, sino el exacto cumplimiento del mismo. La conformidad de la cosa con el plano pertenece no a la naturaleza, sino a la ejecución del contrato. Y si el vendedor entrega una finca que no reúne las condiciones determinadas en el gráfico, no se verifica un hecho condicional del contrato; significa simplemente el incumplimiento del mismo.

En el Derecho mercantil[962], la categoría a que responde esta especie de contrato se refiere a cosas que en el momento de perfeccionarse la venta todavía no existen o no están en poder del vendedor –venta de máquinas o muebles según diseño o modelo-. En la venta sobre muestra, constituye falta de conformidad que la cosa entregada no reúna las cualidades de la que el vendedor haya presentado como muestra o modelo. En este tipo de ventas, la muestra se encuentra plenamente integrada en el contrato, de manera que se crea

---

[960] MADRID PARRA, A., "La cabida en la compraventa de bienes inmuebles", en op. cit., págs. 112-113

[961] Como dice SANAHUJA SOLER, no hay duda de que en estos casos, el contrato es inmediatamente perfecto, puro y simple, o a término. Nada impide que se estipule una venta sobre plano con la condición de que el predio sea conforme al plano, o con condición resolutoria, cuando se pacta la resolución de la venta si la parcela no corresponde con el plano. Se debe estar prioritariamente a los exactamente expresado en el contrato. Y desde luego, para calificar una determinada compraventa como venta sobre plano, será imprescindible que conste claramente que el objeto del contrato es un inmueble que ha de comprender estrictamente el contenido del plano y no tal finca determinada, que se adquiera como cuerpo cierto ("Cuestiones sobre cabida en la venta de inmuebles", en op. cit., pág. 218).

[962] VÉRGEZ SÁNCHEZ, "Concepto y particularidades de la venta sobre muestras", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 459 a 463. Igualmente BADENES GASSET. R., *El contrato de compraventa*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 315 a 317.

una prueba preconstituida del contenido de la obligación del vendedor -bien porque se consigne la muestre o porque se sella-. La principal peculiaridad de la venta sobre muestra viene dada por la facilidad de determinación de posibles faltas de conformidad y, por tanto, de la prueba de las mismas, pues basta con probar la identidad entre la muestra y la cosa entregada.

Cuando el plano forma parte del contrato de compra de un piso aún no construido, se está, claramente, llevando a cabo una compraventa sobre plano, en la que éste, como ya se ha indicado, ejerce un papel objetivamente normativo, esto es, constituye un anejo inseparable que deberá tenerse en cuenta, -el plano, junto con los presupuestos y memoria-, ya que tales elementos determinan el consentimiento de los adquirentes de los pisos, de otra forma, el cumplimiento del contrato quedaría totalmente al arbitrio de una de las partes, algo que prohíbe el artículo 1256 CC. De manera que si el promotor-vendedor entrega un piso que no reúne las condiciones determinadas en el gráfico incurre en un incumplimiento[963].

Está claro que las desviaciones sobre las previsiones contractuales en la construcción de las viviendas, representan un incumplimiento o, más precisamente, un cumplimiento inexacto, imperfecto o deficiente de las obligaciones asumidas por la promotora-vendedora, siempre que las viviendas ejecutadas para su entrega a los compradores no se ajusten íntegramente a las características pactadas. Ya que no podemos olvidar que cumplir una obligación es satisfacer el interés del acreedor de una manera exacta, íntegra y puntual y que si el acreedor no está obligado a recibir una cosa distinta a la pactada ni un cumplimiento parcial, tampoco lo estará a conformarse con una prestación

[963] La STS de 18 de marzo de 1992 (RJ 2203), condena solidariamente a la promotora de las viviendas y demás participantes en la construcción, por no haberse podido deslindar la responsabilidad de cada uno de los demandados, ya que han incumplido parcialmente los contratos de compraventa por los que se transmitió a los integrantes de la comunidad actora sus respectivas viviendas, trasteros, garajes y elementos comunes del edificio, al haberlos construido sin sujetarse totalmente a los planos, memoria y presupuestos, elementos de juicio determinantes de la voluntad de consentir los actores los referidos contratos. Concretamente se señalan como defectos: en cuanto a los sótanos, se ha producido un aumento del número de plazas de garaje con defecto de maniobrabilidad de los vehículos, se ha construido la sala de máquinas de agua caliente y calefacción en distinto lugar del pactado y previsto, así como se han construido unos trasteros que no figuraban en los planos y memoria, adaptar las puertas del sótano a las medidas convenidas, también han de ajustarse a la memoria el pavimento de terrazas y la cubierta del edificio, en cuanto al mobiliario de cocina, se reformará colocando en cada una, fregadero de dos senos de la marca "...", grifos marca "..." y una campana de recogida de humos y gases. Todos los enumerados defectos han de ser reparados en cumplimiento de los contratos referidos, como anejo inseparable en cada caso debe tenerse en cuenta el plano, presupuestos y memoria que como inherentes tuvieron en cuenta los adquirentes de los pisos, de otra forma, el cumplimiento del contrato quedaría totalmente al arbitrio de una de las partes, lo que prohíbe el artículo 1256 CC.

que no se ajuste a la convenida. Es por ello, que ante un incumplimiento o inexacto cumplimiento de la obligación contraída por la promotora, el comprador podrá exigir, conforme al artículo 1124 CC, la resolución del contrato, con el consiguiente restitución de la parte del precio satisfecha y la liberación del resto pendiente de pago, pretensión atendible si las viviendas construidas hubieran resultado inidóneas para el fin propio de su destino o las características o cualidades de que careciesen hubieran sido consideradas esenciales o determinantes en la compraventa, y en su caso, el resarcimiento de los daños.

También se puede optar por el cumplimiento de los contratos en los propios términos en que fueron convenidos, mediante entrega de unas viviendas de las características y dimensiones pactadas, exigiendo incluso, de la promotora la ejecución de las obras necesarias para su acomodación a los planos contractuales, bajo apercibimiento de ejecutarlas, si ello fuera posible, a su costa, como dispone los artículos 1098 CC y 705, 706 y 709 LEC.

Igualmente podrá el comprador aceptar la prestación ofrecida en cumplimiento de los contratos, mediante la entrega y recepción de las viviendas construidas tal y como lo hayan sido, en sustitución de las viviendas prometidas, con efectos solutorios, e inclusive con la indemnización de los perjuicios derivados de la desviación contractual, esto es, por la modificación de las superficie destinada a vivienda, local, plaza de garaje, etc., si tal variación efectivamente hubiera generado tales daños.

Algún autor[964] había planteado en los casos de ventas de viviendas sobre plano acompañadas de una percepción anticipada del precio por parte del promotor-vendedor o constructor, que en tales supuestos no era aplicable el artículo 1124 CC, en virtud de lo que establece el artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, según el cual “expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta –más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución (de acuerdo con la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación)-, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado,

[964] Cfr. ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pág. 389.

especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda".

Mas teniendo en cuenta el párrafo tercero del artículo 3 mencionado, que establece que "lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente", se sigue que el artículo 1124 CC no tiene porque ser inaplicable en estos supuestos, y el comprador tendrá derecho al resarcimiento de daños, cuando proceda. Cualquier posible duda en torno a su posible derogación surgiría ante el incumplimiento del vendedor por no comenzar la construcción o no finalizarla en el plazo marcado, pero nunca afectaría al incumplimiento por diferencias de cabida[965].

e) ¿Son aplicables las acciones de cabida a la venta de inmueble en construcción o venta sobre plano?

En la venta de pisos futuros es frecuente decir que se vende como cuerpo cierto, haciendo expresa remisión al artículo 1471 CC, ello está en clara contradicción con el concepto de cuerpo cierto, e implica que –como señala ROGEL VIDE[966]- si el vendedor conserva la dirección de la obra, teniendo en mente el artículo expuesto, podría construir un piso con dimensiones menores a las previstas en el momento de conclusión del contrato, sin que el comprador pueda hacer nada para evitarlo. Por ello hay que prestar atención, ya que muchas veces, los vendedores aprovechando el ulterior otorgamiento de la escritura publica, suelen plasmar, en ocasiones soslayando lo establecido en un anterior documento privado en el que consta que se adquiere un piso en construcción o en proyecto, que se trata de una venta en la modalidad de precio alzado y como cuerpo cierto. En estos supuestos debe prevalecer la verdadera voluntad contractual plasmada en el contrato privado inicial, frente a la escritura publica que altera o simula la realidad en cuanto a la forma de contratación.

Son muy numerosos los casos en que alegan los vendedores, para justificar las posibles divergencias entre lo entregado y el plano, que se trata de un cuerpo cierto, que ha podido ser conocido y examinado por el comprador, lo que implica su aceptación.

---

[965] Vid. MADRID PARRA, A., "La cabida en la compraventa de bienes inmuebles", en op. cit., pág. 115. También MEDINA DE LEMUS, M., *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, op. cit., pág. 337. En el mismo sentido SERRANO CHAMORRO, M.ª E., *Cambio de solar por edificación futura*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 395.

[966] Cfr. *La compraventa de cosa futura*, op. cit., pág. 389.

Se rechaza la aplicación del artículo 1471 CC, al supuesto de venta sobre plano, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de octubre de 1994 (AC 1831). En el supuesto en cuestión, la venta se verificó sobre plano, por medio de un documento privado en que se describían las condiciones del inmueble en construcción, y mediante el suministro a la compradora de ciertos documentos precontractuales en los que se indicaban las calidades de los materiales que se habían de emplear en la construcción. Posteriormente, la inmobiliaria demandada entregó a la compradora una vivienda que no se ajustaba a la memoria de calidades ofertada y no alcanzaba las dimensiones prometidas en la publicidad (ni tampoco, las pactadas en el documento privado de compraventa).

Frente a la acción resolutoria que interpone la compradora, una de las razones que alega la inmobiliaria recurrente es incluir el contrato en cuestión en el ámbito de aplicación del art. 1471, de tal modo que al tratarse de una venta de inmueble hecha a tanto alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del precio, aunque resulte mayor o menor la cabida o numero expresados en el contrato. Tanto la sentencia del juez de instancia como la de apelación, rechazan este argumento, ya que la venta que nos ocupa no puede ser calificada de venta de cosa cierta, pues para que así fuera la cosa tendría que existir: sólo es cierto aquello que ya tiene existencia corpórea. El concepto de venta de cosa futura, actualmente no existente, como es el caso de la ventad de inmuebles en construcción, es absolutamente incompatible con el concepto de venta de cosa cierta. De ahí se deriva la inaplicabilidad del artículo 1471 CC al contrato litigioso.

Por último, a la vista de las circunstancias concurrentes, el incumplimiento en que incurre la vendedora (o, por lo menos, uno de sus incumplimientos) reviste el carácter de esencial, e implica la estimación de la pretensión resolutoria ejercitada por la actora. Así, en la cláusula primera del contrato privado de compraventa celebrado entre las partes el 5 de diciembre de 1989 se dice que la vivienda adquirida por la actora tiene una superficie construida de 69,88 metros cuadrados, sin embargo en la medición realizada por el aparejador, se constata que su superficie construida real asciende a 57,15 metros cuadrados, y que la superficie útil es de 52,94 metros. Entre la superficie construida pactada en el contrato y la real, hay una diferencia de 12,73 metros. En términos porcentuales supone una disminución de casi el 20%, con respecto a la superficie pactada en el contrato, lo que evidencia la existencia de un incumplimiento esencial. Lo que

permite la resolución del contrato, sin necesidad de entrar a examinar si el incumplimiento de la memoria de calidades de los productos utilizados en la construcción, respecto de los que ofreció en la publicidad del inmueble, merece igualmente el calificativo de incumplimiento esencial.

También la STS de 20 de marzo de 2002 (RJ 2852): se produce una compraventa en documento privado de un piso, en régimen de propiedad horizontal y en fase de construcción, del que se afirma que tiene una extensión, conforme manifiesta la inmobiliaria, de 116,8 metros cuadrados, sin expresión de si dicha superficie corresponde a metros construidos o metros útiles, de manera, que cuando el comprador comprueba, al poner a su disposición el piso, que la superficie aprovechable es sólo de 96,60 metros cuadrados, solicita la resolución del contrato y demás efectos restitutorios. Estima el Tribunal supremo que se trata de un contrato que cae dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de defensa de los consumidores y usuarios, de tal forma, que resultaba imperativo, en relación con la venta de viviendas, que la oferta, y con mayor razón, el documento contractual expresara la superficie útil (también el RD 515/1989) del piso que se vendía. Omitida esta circunstancia, la mera referencia a superficie, sin precisiones, de acuerdo con el art. 10.2 LCU, en cuanto a las dudas en la interpretación, éstas deben resolverse en contra de quien las ha redactado. Consecuentemente la entrega a la recurrente de un piso con una superficie menor, en más de veinte metros cuadrados, de la esperada, frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y ha de equipararse a un *aliud pro alio*. No empece a las consecuencias que se derivan de esta declaración la referencia al “cuerpo cierto”, que ni siquiera podía ser visualizado al no estar construida la casa al tiempo de la perfección del contrato, ya que la entrega de la prestación debida es un *prius*, que no debe confundirse con la aleatoriedad, dentro de ciertos límites del cuerpo cierto, que, en el caso, además, viene connotado por la determinación de una cabida que no podía ser objeto de entrega y, que tenia carácter esencial para el comprador.

Igualmente destaca el valor normativo que desempeña el plano en la venta de viviendas en construcción, con el consiguiente rechazo del concepto de cosa cierta, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 julio de 2000 (AC 1541): mediante documento privado se pacta la entrega de la vivienda bajo cubierta en construcción, de 71,88 metros cuadrados útiles, recogidos en el plano firmado por las dos partes, por un

precio global de 13 millones de pesetas. Finalizadas las obras, se firma la escritura pública, en la que se mantiene el precio, pero no así los metros contratados, que pasan a ser 52,3 metros útiles, con referencia a la que figura en la declaración de obra nueva terminada y división horizontal, de fecha posterior a la del documento privado de adquisición. Lo que supone un defecto real de superficie de 13,44 metros cuadrados. Considera el tribunal de la apelación que el supuesto contemplado constituye una compraventa de un inmueble bajo plano, que en el momento de la firma del contrato privado aún no se había construido, por lo que la compradora no tenía más referencia de su dimensión que las que constaban en el plano, lo que impide calificar el contrato litigioso como venta por precio alzado o a razón de un tanto por unidad de medida de los artículos 1469 a 1471 CC. Respecto de la desviación no consentida, sobre las previsiones contractuales debe ser enjuiciada en el contexto del incumplimiento del contrato y no en el de la errónea representación del objeto al tiempo de su perfección, por más que la compradora visitará la obra antes de firmar la escritura pública y que a su instancia se produjera una alteración de la distribución, sin modificar la superficie útil, por no ser jurídicamente posible trasladar a esta parte las consecuencias de una posible falta de diligencia en la comprobación real de los metros útiles cuya determinación viene establecida en función de unos presupuestos urbanísticos que la vendedora debió de precisar a la vista de la clara diferencia entre lo que el plano recogía y la realidad ofrecida. Y es que cuando se visita una vivienda en construcción con el objeto de adquirirla, no se mide la superficie de la misma, atendiendo el comprador a los metros que el vendedor le informa que tiene, siendo en este punto donde se puede apreciar una falta de lealtad contractual, puesto que, sabiendo que la superficie real de la vivienda quedó reducida con respecto a la del plano, nada informó a la compradora, máxime cuando se trata de una diferencia sustancial en razón de la peculiaridad del objeto vendido. Es por ello, que se considera que se ha producido un incumplimiento o un incumplimiento inexacto, imperfecto o deficiente de las obligaciones asumidas por cuanto el inmueble construido no se ajustó íntegramente a las características pactadas, siendo de aplicación el artículo 1101 CC.

Cierto sector doctrinal[967] defiende que en una aplicación coherente del Código civil, el comprador, en todo caso, podrá optar entre el cumplimiento in natura en cuanto a la cabida del inmueble o la resolución (art. 1124 CC), o bien, que se le apliquen las reglas

[967] MEDINA DE LEMUS, M., *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, op. cit., pág. 336. También ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, op. cit., pág. 389.

de los artículos 1469 y 1470 CC dado que, dichos preceptos se refieren a la venta a razón de un precio por unidad de medida o calidad y los pisos futuros se compran en función de metros construidos con determinadas calidades especificadas en la memoria, a falta de otros elementos –no existentes, obviamente en la construcción futura-. Lo que ocurre es que, para una aplicación directa de estos preceptos y no por simple analogía, resulta conveniente insertar en la venta sobre plano, en el apartado relativo al precio, una expresa mención a que éste se contrata a tanto por unidad de medida y calidad para evitar la calificación como cuerpo cierto y la desviación hacia el régimen del artículo 1471 CC.

Nos parece de justicia que en la medida que un inmueble en construcción se adquiere, entre otros datos, también por su medida superficial, es obvio que las partes ejercitando su libertad de contratación pueden prever la posibilidad de que el precio aumente o disminuya, en función del posible exceso o defecto de cabida, aunque cualquier reclamación en este sentido tendrá su fundamento en el propio contrato, y no en las acciones de cabida. Es por ello que nos parece que la aplicación analógica de los artículos 1469-1470 CC, que regulan la venta a tanto la unidad de medida o número, a la venta de un piso en construcción o sobre plano, choca con la verdadera finalidad de tales acciones de cabida, dado que nos encontramos ante fincas no preexistentes, sino en construcción, en cuyos supuestos por no tener a la vista las partes el objeto, no es posible que incurran en error en cuanto a la simple apreciación estimativa de su cabida, que es a lo que tratan de dar solución los preceptos invocados. Efectivamente, los artículos 1469 y 1470 CC contienen una específica regulación del error en el contrato de compraventa, cuando este error recaiga sobre la cabida de la cosa vendida, de tal forma que las partes atribuyan una mayor o menor cabida a la finca objeto del contrato, y esta regulación especial sólo afecta a aquellos contratos en los que el precio se haya fijado por unidad de medida y no en un tanto alzado, requiriéndose además, que se trate de un inmueble determinado y que se exprese en el contrato su cabida[968].

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 24 de septiembre de 1996 (AC 1832), en la que se produce la compra, en documento privado, de un local comercial en proyecto, de 103 metros cuadrados construidos, pactándose que el precio total de la compraventa se modificaría en función del resultado de la medida final del mismo,

[968] GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", en op. cit., pág. 231. También las SSTS de 31 de octubre de 1992 [RJ 8359], 12 de diciembre de 1991 [RJ 8999], 30 de enero de 1998 [RJ 555].

teniendo como precio 135.000 pesetas el metro cuadrado. Una vez concluido, se produce la medición del local, resultando la superficie construida menor, (87,90 metros cuadrados), solicitando la compradora la reducción del precio definitivo. Frente a la pretensión de la vendedora que pretendía acogerse a los artículos 1469 y siguientes del Código civil, a efectos de defender la aplicación del corto plazo de prescripción del artículo 1472 CC, se estima por el tribunal de apelación, que ni los presupuestos que regulan esos artículos guardan relación con el supuesto de autos ni la acción que ejercitó el comprador se correspondía con la acciones de cabida que contemplan tales preceptos, tratándose de la acción personal de cumplimiento contractual. Por lo que rige el plazo general de las acciones personales, especialmente cuando las partes habían regulado expresamente en el contrato las consecuencias de una mayor o menor cabida.

Es práctica habitual en los contratos de compraventa de locales comerciales en proceso de realización, expresar la superficie en términos aproximados, pactando la posibilidad de que el precio pueda sufrir cambios en función de una mayor o menor superficie, susceptible de experimentar variaciones provocadas por posteriores adaptaciones del proyecto de construcción u otras circunstancias. Es el caso del litigio contemplado por la STS de 27 de julio de 1992 (RJ 6459), en la que se produce la compra de un local comercial o industrial en la planta baja de un edificio en construcción, cuya descripción, entre otros datos, le atribuye una superficie de “unos noventa y dos metros cuadrados construidos” y “unos ochenta y un metros cuadrados útiles”. En una de las estipulaciones del contrato, se establece que “las partes determinan que dicho local tendrá definitivamente la situación y extensión con que figura actualmente en la escritura de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio y con los elementos y características constructivas que constan en el plano y memoria que se entregan a la parte compradora”; igualmente se pacta que “el precio de la compraventa se fija en la cantidad de cuarenta mil pesetas por metro cuadrado construido, que en razón de la citada superficie arroja un total de 3.680.000 pesetas. Si, como consecuencia de posteriores adaptaciones del proyecto de construcción u otras circunstancias, resultare una cabida mayor o menor de la expresada, se incrementará o reducirá el precio total a razón del valor fijado”. Llegado el momento de la entrega el local efectivamente construido no se ajusta a la medida superficial pactada, de forma que los compradores exigen que se adapte a tales estipulaciones.

El Tribunal Supremo estima que dado que en la cláusula mencionada se hacia depender el aumento o disminución del precio total del local vendido, del aumento o disminución de la superficie "consecuencia de posteriores adaptaciones del proyecto de construcción u otras circunstancias", es evidente la existencia de una total indefinición en cuanto a las causas determinantes de esas posteriores adaptaciones del proyecto; el significado gramatical del verbo "adaptar", equivalente a "acomodar, ajustar unas cosas con otras", exigía, expresar cuáles eran esas "otras cosas" que obligarían a ajustar con ellas el proyecto de construcción y que, al no estar expresadas en el contrato, han hecho necesario que el Juzgador de instancia, en uso de su facultad interpretadora, haya delimitado esas causas, excluyendo de las mismas la alteración de la superficie del local sin causa alguna objetiva que la justifique, ya que otra cosa supondría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, con infracción del artículo 1256 CC.

Del conjunto de estas sentencias, se desprende que ante una prestación cuantitativamente deficiente, en trance de elegir la acción mas conveniente para su reclamación, el Tribunal Supremo, otorga relevancia y preferencia a las acciones generales derivadas del incumplimiento de los contratos porque, en definitiva, el defecto de cantidad, contraviene de algún modo el tenor de la obligación y este aspecto del cumplimiento es más importante que una variación de cabida *ex*. artículos 1469 a 1471 del Código civil[969]. Lo que parece quedar claro es que las acciones sobre cabida reguladas en los artículos 1469 a 1472 del Código civil, no se refieren a la diferencia de cabida surgida en ejecución del contrato, por no haberse ceñido la misma a las previsiones de las partes al tiempo de contratar, sino a la diferencia existente, ya en el momento de perfeccionarse el contrato, entre la cabida real del inmueble y la erróneamente estimada por las partes, o una de ellas, al otorgar su consentimiento, constituyendo la diferencia nacida de la ejecución contractual un supuesto de incumplimiento o cumplimiento inexacto de la obligación de entrega, no subsumible en aquella particular normativa. (así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de junio de 1956 [RJ 2729], 28 de noviembre de 1962 [RJ 4685], 4 de

[969] A la hora de diferenciar cuándo procede ejercitar una acción de cumplimiento y cuando una acción de cabida, se ha propuesto como posible criterio, el considerar que la reclamación del cumplimiento es una cuestión de finalidad. Cuando no se entrega la prestación suficientemente, la deficiencia origina una acción reclamando el cumplimiento. Por el contrario en las acciones de cabida se ventila una medida no en función de la finalidad, sino en función del valor del bien a efectos de calcular su precio; en este sentido vid. MEDINA DE LEMUS, M., *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 238-239.

abril de 1979 [RJ 1270], y 27 de julio de 1992 [RJ 6459], STSJ Navarra de 8 de octubre de 1998 [RJ 8598]).

f) Plazas de garaje.

Uno de los supuestos más frecuentes tratados por el Tribunal Supremo es el caso de venta de inmuebles con plaza de garaje en que no se dan las medidas suficientes para cumplir la función a la que se las destina, esto es, albergar un vehículo. Nacen tales conflictos del excesivo afán de lucro que, a veces, anima a los promotores-constructores. Allí donde sólo existe espacio para determinado número de plazas, se fuerza al máximo ese límite para aumentar el mencionado número, con el resultado de terminar vendiendo plazas que no son susceptibles de ser utilizadas por falta de espacio. Son variados los argumentos en que se ha basado la jurisprudencia a la hora de enjuiciar este tipo de problemas.

Algunas resoluciones mencionan los preceptos reguladores de los defectos o excesos de cabida en la compraventa, si bien, el recurso que se hace de los mismos, es precisamente para determinar su inaplicación en aquellos supuestos en que se produce una entrega deficiente de las plazas de garaje en cuanto a su medida superficial.

Es lo que ocurre en la STS de 24 de septiembre de 1986 (RJ 4787)[970]. El comprador reclama ante el constructor dada la insuficiencia de la plaza de garaje que le ha sido entregada. Se desprende del supuestos de hecho que esta falta ha sido motivada porque el constructor, pese a tener autorización administrativa para veinte plazas de garaje, distribuyó veinticuatro en el local destinado a tal fin. El vendedor demandado-recurrente alega infracción por inaplicación del artículo 1471 CC, e indebida aplicación del artículo 1469 CC. Tales motivos son desestimados en base a las siguientes razones: el Tribunal supremo tiene declarado que a la hora de precisar el tipo concreto de relación jurídica que surge en los casos de venta de un piso en régimen de propiedad horizontal con derecho a plaza de garaje, así como en cuanto a los remedios a aplicar cuando en el momento de la entrega resulta que dicha plaza carece de las condiciones adecuadas para ello, que ha de observarse que se está en presencia de una venta de cosa no genérica, sino específica, especialidad que no se altera por el hecho de que, como anejo, figure una plaza de garaje y que, cuando nada se puntualiza en relación a ella, deberá entenderse que ha de ser para

[970] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a la STS 24 de septiembre de 1986", en *CCJC*, núm. 12, 1986, págs. 3995 y ss.

albergar automóviles de tipo medio, por lo que, cuando esta finalidad no se cumple con lo que se entrega, no se puede pensar en la pérdida de la cosa vendida a que se refiere el artículo 1460 CC, sencillamente porque aquí nada se ha perdido, sino que, lo que ha ocurrido es que tal plaza, tal y como se pacto, no ha llegado a tener existencia. Dado que la plaza de aparcamiento no es capaz de albergar un vehículo tipo medio o normal, es obvio que habrá de entenderse incumplida la obligación de entregar una plaza de aparcamiento de acuerdo con su finalidad propia. Es por ello que el vendedor viene obligado a reparar los daños y perjuicios causados no con amparo en la acción resolutoria ni rescisoria ni de sanear, sino en la de petición de cumplimiento exacto de la obligación, como una modalidad que permite el artículo 1101 CC.

En el litigio contemplado por la STS de 30 de enero de 1998 (RJ 555), la situación de la que se parte es la siguiente: se venden una serie de plazas de garaje con una extensión de 24,29 metros cuadrados cada una, cuando en la efectividad dicha extensión sólo alcanza la superficie de 20,21 metros cuadrados por plaza, o sea, se produce un defecto real de superficie de 4,08 metros cuadrados (salvo en una, a la que afecta una diferencia de 0,82 metros cuadrados). Ante esta situación los compradores solicitan de la constructora que se les devuelva el precio de la superficie de plaza de garaje cobrada de más.

El quid jurídico de la cuestión radica en determinar si esas diferencias de superficie deben sus consecuencias económicas ser controladas por lo dispuesto en los artículos 1469 y 1472 CC o ser regidos por lo dispuesto en los artículos 1101 y concordantes del mismo cuerpo legal. La diferencia, en cuanto a una posibilidad de resarcimiento por los afectados, es enorme, especialmente por la diferencia de plazos, plazo de caducidad de seis meses en el primer caso, y de prescripción a los quince años en el segundo. El Alto Tribunal estima, por un lado, que las plazas de garaje se han vendido como anexas a unas viviendas constituidas bajo el régimen de viviendas de protección oficial, cuyo precio de venta no se ha fijado a tanto el metro cuadrado, y además, que la ordenación contenida en los artículos 1469 y 1470 CC contienen una específica regulación del error en el contrato de compraventa, cuando este error recae sobre la cabida de la cosa vendida. Todo ello significa que ha habido incumplimiento genérico de obligaciones derivadas de un contrato, por lo que la norma vigente de aplicación será la especificada en los artículos 1101 y concordantes del Código civil, en especial, lo ordenado en el artículo 1256 CC.

En ocasiones, se ha tenido en cuenta el criterio funcional, es decir, la inadecuación (el no servir) de la cosa entregada para el fin o uso que determinó su adquisición, lo que permite aplicar la figura del *aliud pro alio*, mediante la conexión entre inutilidad de la cosa y la consiguiente insatisfacción del comprador.

Respecto a qué utilidades[971] del objeto son relevantes, éstas son de lo mas variado; lo más frecuente es que la inutilidad de la cosa sea consecuencia de anomalías de carácter fáctico o material, pero en ciertos casos también se ha considerado que la ausencia de algún requisito de carácter jurídico, que impidiera usar la cosa al comprador, implica que ésta es inútil.

En el caso de plazas de garaje, la utilidad consiste en que éstas deben tener un espacio suficiente para estacionar y maniobrar, además de contar con un adecuado acceso a las mismas (aspecto físico): SSTS 15 de julio de 1987 (RJ 5793) –las plazas de garaje eran incapaces de contener los vehículos en condiciones de maniobrabilidad y las instalaciones eran defectuosas y peligrosas-; 26 de octubre de 1990 (RJ 8052) –el acceso a la plaza de garaje adquirida, lo impedía un pilar desplazado respecto del proyecto-; STS de 3 de abril de 2002 (RJ 2667)-entrega un objeto absolutamente inidóneo e inhábil para el uso que se pretendía, pues no revestía las condiciones de capacidad, idoneidad y aptitud necesarias, por padecer de gravísimos vicios que afectaban a la estructura y piso de la planta destinada a garaje que la hacían inhábil para su destino a parking de vehículos-.

Asimismo, conforma parte de su utilidad el que cuenten con la pertinente licencia administrativa de uso (aspecto jurídico): SSTS 29 de diciembre de 1984 –plazas de garaje de difícil acceso, dimensiones inadecuadas y carentes de licencia municipal-, 8 de abril de

[971] CABANILLAS MUGICA realizando una previa depuración del artículo 8.1 LCU, nos dice que "las prestaciones propias de cada producto o servicio serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido". Se reconoce con ello, la existencia de algo propio o connatural a cada producto o servicio, un contenido natural de cada contrato, que no se deriva ni de la actuación de los contratantes ni del pacto ni de la Ley, sino de la propia naturaleza de cada producto o servicio. Se plantea el autor qué puede legítimamente esperar un consumidor de un producto o servicio, aun cuando no figure en el texto del contrato (ni en la publicidad ni en el etiquetado o presentación del producto). Para saber cuál es la prestación propia de cada producto o servicio hay que tener en cuenta la *lex artis*, los reglamentos y la normalidad social. Además considera, entre otras, que la utilidad del concepto de prestación propia se presenta cuando debemos determinar si la prestación ejecutada, pese a no contravenir la letra del contrato ni disposición legal alguna, puede tenerse por defectuosa. Así, constituye prestación propia del producto "plaza de garaje", no sólo la existencia de un espacio para el estacionamiento, sino también la de otro para aparcar con holgura, sin necesidad de molestas maniobras de macha atrás y adelante, más un acceso adecuado. También constituye prestación propia, la satisfacción de los requisitos necesarios para lograr la licencia de uso conforme a las ordenanzas municipales ("Las prestaciones propias de cada producto o servicio", en *Aranzadi Civil*, 1993-1, págs. 1839-1853; en especial las págs.1844-1845).

1992 –no fue concedida la licencia porque, entre otras cosas, las plazas de garaje carecían de acceso peatonal protegido y salida peatonal-. En definitiva, para entenderse cumplido un contrato de compraventa de plazas de garaje es imprescindible que satisfagan las exigencias que los Reglamentos y Ordenanzas técnico-administrativas imponen para su utilización y disfrute conforme a su naturaleza, destino y seguridad, inherente a ese disfrute, que constituye la esencia causal del negocio llevado a cabo con los compradores. De otra suerte, se coadyuvaría a la legalización o autorización judicial del fenómeno antijurídico del *aliud pro alio*, es por ello que la obligación de entregar las plazas de garaje a los compradores ha de ser de conformidad con lo pactado y conforme a esa naturaleza y destino que las plazas de garaje suponen (STS de 13 de febrero de 1994 [RJ 1467]).

Aunque en otras ocasiones, el TS no emplea esta doctrina del incumplimiento por inhabilidad de la cosa, en las adquisiciones de plaza de garaje, es cierto que en la solución de tales conflictos siempre está presente la idea del fin al que aquélla sirve: el del aparcamiento de un vehículo automóvil. Así, el TS sea fijándose un una cláusula del contrato de compraventa, sea deduciéndolo del contenido del conjunto del contrato, sea apoyándose en el carácter integrador de la buena fe del art. 1258 CC, señala que la obligación del vendedor consistía en entregar una plaza de garaje que permitiera al comprador aparcar un vehículo automóvil. Dado que ello no ocurre con la plaza de garaje materialmente entregada, el comportamiento del vendedor constituye un incumplimiento al que le es aplicable alguna de las acciones contenidas en el art. 1124 CC. (SSTS de 3 de marzo de 1979 [RJ 1184], 22 de abril de 1988[972], 14 de octubre de 1991 [RJ 6918][973]).

Es el caso de la STS de 16 de marzo de 1995 (RJ 2661). Se produce la adquisición de una serie de plazas de garaje, dos de ellas en documentos privados (de 16 de mayo y 17 de octubre de 1988, respectivamente), y otra en escritura publica, de 3 de enero de 1989. Estas compras se efectuaron teniendo en cuenta la escritura de obra nueva y división horizontal de 21 de marzo de 1988, por medio de la que el promotor-vendedor asignó al local destinado a aparcamiento de vehículos –donde se ubican las plazas enajenadas- la superficie de 189,81 metros –al local comercial a la derecha se le asigna una superficie útil de 35,81 metros y al de la izquierda, 73,10 metros-.

[972] ORTI VALLEJO, A., "Comentario a la STS de 22 de abril de 1988", en *CCJC*, núm. 17, 1988, págs. 463 y ss.

[973] GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, "Comentario a la STS de 14 de octubre de 1991", en *CCJC*, núm. 27, 1991, págs. 1001 y ss.

Queda probado que las compras que se realizaron no lo fueron al margen de la escritura pública de obra nueva y división horizontal, pues la adquisición en escritura pública expresamente lo refiere y respecto a las privadas no se probó el que se hubieran concertado sobre el terreno, como sostiene el promotor-recurrido, conociendo los compradores la realidad extrarregistral, que difiere en mucho de lo que consta en el Registro de la Propiedad, pues la superficie útil real destinada a local de garaje no fue la escriturada y registrada, sino muy inferior, alcanzando los 131,60 metros cuadrados, como consecuencia de una modificación que los vendedores efectuaron por su cuenta y riesgo en el bajo del edificio (agrandaron el local de la izquierda al que le cedieron por documento privado 57 metros cuadrados, alcanzando la extensión de 135,40 metros, a cuenta del espacio destinado a garajes, que se vio reducido y aminorado en sus dimensiones respecto a las que constan registralmente). Dicha modificación superficial no se hizo constar en documento alguno y menos, tuvo acceso al Registro, por lo que aparece como impuesta, de forma totalmente unilateral y de conveniencia a los intereses de los vendedores.

Esta modificación superficial determina un incumplimiento contractual imputable a los vendedores, que no respetaron los contratos que les vinculaban con los compradores-recurrentes, que así se vieron privados de la posesión, disfrute y utilización de sus respectivas plazas, pues el garaje fue clausurado por la autoridad municipal, al carecer de las preceptivas licencias y por haberse alterado el proyecto, y en tanto no se restituyera a la situación original, ya que no contaba con la superficie exigida reglamentariamente y condiciones suficientes para la maniobrabilidad de los vehículos dentro del local. Considera el Tribunal Supremo que los vendedores aparecen claramente como incumplidores, en razón a los artículos 1091, 1461, 1474 y 1479, en concordancia con el art. 1258 CC. La obligación de entregar lo vendido, conforme a los términos y condiciones de los respectivos contratos, es consecuencia de su perfección. Es doctrina jurisprudencial la que declara que es esencial la adecuación que las plazas de garaje han de reunir respecto al fin que les es propio y para el que se adquirieron, lo que comprende tanto las dimensiones necesarias para hacerlas aptas de albergue de automóviles de uso ordinario, como los elementos superficiales accesorios que permitan maniobras adecuadas y suficientes de los mismos dentro de los locales, lo que comporta la obligación de entregar apto el inmueble y a la plena utilidad del comprador para permitir el uso normal de las plazas adjudicadas. Es por ello que se estima situación de incumplimiento contractual cuando el espacio no se ajusta, en dimensiones, accesos y conveniente uso, a lo previsto

negocialmente, pues la obligación de entrega no se ejecutó de forma positiva y ajustada a lo convenido.

En sentido parecido la STS 9 de octubre de 1998 (RJ 7560), en la que se condena al promotor-constructor por incumplimiento contractual, con base en cada uno de los cuarenta y dos contratos por los que había vendido otros tantos pisos, en los que se contenía una cláusula, en la se establecía que al piso le pertenecía como anexo inseparable una cuarenta y dosava parte indivisa en el local situado en la segunda planta de sótano de su bloque, con cuya participación adquiere el titular el derecho a utilizar una plaza para aparcamiento de un vehículo, debidamente acotada, de 35,39 metros cuadrados. Resultando al final que sólo se habían podido ubicar veinticinco plazas.

Por lo que respecta a los criterios subjetivo u objetivo para constatar si el interés del comprador ha sido o no satisfecho, el TS no se muestra muy explícito. En principio, es claro el empleo del criterio subjetivo en la medida en que la insatisfacción es referida al interés del comprador, y dado que esto es lo más frecuente, parece deducirse que se utiliza tal criterio. Respecto de la posibilidad de emplear el criterio objetivo, ha sido expresamente reconocido en la STS de 6 de abril de 1989, que señala que el interés relevante del comprador se concreta a través de la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada que haga de todo punto imposible su aprovechamiento. Además de lo dicho, lo más frecuente es que el interés del comprador incorporado al contrato, coincida con la normal utilidad que el tráfico asigna a la cosa objeto de la compraventa.

B) La integración del contrato y la publicidad.

La compra de una vivienda es un acto, que antes o después, a casi todas las personas les corresponde afrontar, si bien es cierto que se trata de una actuación que no se repite con excesiva frecuencia a lo largo de sus vidas. De ahí se deriva, quizá, uno de los principales problemas que afectan al sujeto que emprende dicha tarea y, es la desinformación que experimenta respecto a la enjundia del acto que va a celebrar, así como las medidas protectoras que le asisten. De otro lado, y complementando la relación jurídica que conlleva la celebración de este tipo de contratos, nos encontramos a los profesionales del sector, promotores, constructores, Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, los cuales actúan en el marco de su actividad profesional. La desigualdad existente entre ambas partes contratantes ha provocado, en gran número de ocasiones, que las relaciones que surgen

entre ellos vengan experimentando un alto índice de insatisfacción, que parece ser creciente, dadas las frecuentes reclamaciones recogidas en las asociaciones de consumidores. Las principales causas de tales reclamaciones se encuentran en los incumplimientos cometidos por constructores y promotores que no respectaron los contratos suscritos por los que se obligaban a llevar a cabo construcciones de viviendas, recibiendo cantidades a cuenta abonadas por los adquirentes, los cuales quedan totalmente desprotegidos ante tal quiebra de sus expectativas; tampoco resulta extraño tener referencias de viviendas que han sido entregadas a sus nuevos propietarios y que no se corresponden con lo anunciado en los medios publicitarios por los que llegaron a tener conocimiento de la promoción, sin olvidar los defectos constructivos que presentan muchas edificaciones al poco tiempo de su adquisición.

El Real Decreto 515/1989, 21 de abril, sobre protección del consumidor en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas[974] establece, en el segundo párrafo de su artículo 3, que "los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado".

La solución que se acoge en este artículo 3.2 del Real Decreto 515/1989, está en armonía con la del artículo 8.1 de la Ley de consumidores y usuarios, a cuyo tenor, "la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de las disposiciones establecidas sobre publicidad *y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica*[975]. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles

[974] La Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, actualmente en vigor, con la modificaciones introducidas por la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, hace una incursión en su artículo 5 en las cuestiones relativas a propaganda y publicidad de la cesión de viviendas. Este aspecto es complementado por una Orden del Ministerio de la Vivienda, de 5 de octubre de 1968 (BOE, 10 de octubre), que se centra en la propaganda y publicidad de viviendas que no sean de protección oficial, llevadas a cabo por cualquier medio de difusión, exigiendo "claridad y precisión", así como mención expresa de la entidad aseguradora y de la entidad en la que deberán hacerse los ingresos.

[975] El párrafo que aparece en cursiva ha sido introducido por la Disposición Final Primera de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE de 11 de julio), cuyo objeto es la transposición de la Directiva 1999/44/CEE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo.

por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido".

Los preceptos mencionados nos permiten apreciar que no sólo forman parte del contenido del contrato –de compraventa o de arrendamiento de viviendas-, las cláusulas que figuren en el mismo, sino también todas las condiciones que aparecen en la oferta, promoción y publicidad que se realice a tal efecto. En definitiva, de la redacción del art. 3 del Real Decreto se desprende que si en la promoción de una vivienda se han hecho figurar referencias a instalaciones, servicios, garantías o condiciones posteriormente no respetadas, el comprador perjudicado estará legitimado para efectuar la oportuna reclamación, pues el oferente ha quedado vinculado por el contenido de su oferta y el adquirente tiene derecho a aquello que se le ofreció. De estos preceptos podemos deducir los efectos contractuales de la publicidad.

a) La exigibilidad de la publicidad por los consumidores con independencia de que constituya o no una oferta de contrato.

El principal debate doctrinal que ha planteado el tema de la integración contractual de la publicidad, ha sido la necesidad de determinar, con carácter previo, cuál es el fundamento[976] de la integración de la publicidad en el contrato, pues en el Derecho español no se discute hoy que la publicidad se incorpora al contrato; sí, en cambio, el modo en que

[976] PASQUAU LIAÑO, nos ayuda, con su razonada exposición acerca de cuáles son los distintos argumentos para superar "el dogma de la irrelevancia negocial de los contenidos publicitarios", a encajar el hecho publicitario en alguna de las instituciones del Derecho común. El primer intento, ha sido el de considerar la publicidad como una oferta contractual. En la doctrina italiana, se ha intentado calificar la relación entre el anunciante y el consumidor como una relación precontractual, una relación de confianza suscitada por la actividad de promoción de un producto, cuya defraudación de lugar a responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Ante las dificultades que presenta esta construcción de la relación precontractual –fundamentalmente, el que no obliga al cumplimiento de lo prometido publicitariamente-, se acudió al campo de la responsabilidad extracontractual. Las principales limitaciones que presenta este argumento, se podrían condensar en la siguiente afirmación: una cosa es indemnizar por el daño ocasionado por el defecto del producto, y otra, responder de la utilidad e idoneidad del propio producto, es decir, asegurar el cumplimiento de las expectativas que genera la adquisición del producto. También se ha acudido a los vicios del consentimiento, cuando de una publicidad engañosa se trata. Igualmente, se ha acudido al razonamiento de considerar la publicidad como criterio para la interpretación de los contratos, de forma, que además de los actos coetáneos y posteriores, a que se refiere el art. 1282 CC, pueda acudirse a los anteriores, o bien, incluir dentro de los coetáneos, el contexto o ambiente dentro del cual se celebra el contrato. Sin embargo, esta vía no permite llegar muy lejos, por la reiterada doctrina jurisprudencial reticente a la revisión en casación de la labor interpretativa de los tribunales de instancia, y además, porque el criterio de interpretación de los contratos sólo operará en la medida en que sea instrumental, para aclarar una intención de las partes insuficientemente manifestada, pero no puede jugar independientemente de dicha voluntad (vid. "Comentario del artículo 8.1 y 8.2 de la Ley de consumidores y usuarios", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. Bercóvitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández, Civitas, Madrid, 1992, págs. 155-160).

se produce la incorporación. Más concretamente, se trata de decidir si la publicidad es una oferta de contrato que vincula al anunciante por la aceptación de alguno de sus destinatarios; o por el contrario, se trata de una mera *invitatio ad offerendum*[977], o invitación a contratar o incitación a que por parte del público se formulen ofertas de contrato, que no produce vinculación alguna a su autor.

Teóricamente[978], no parece existir inconvenientes insalvables para que, en ciertos casos, el mensaje publicitario puede recibir la consideración de una oferta contractual. Pero para ello, deberá reunir los requisitos propios de la oferta: que especifique todos los elementos esenciales del contrato, sin que se dejen a una posterior determinación por parte del anunciante, y que exista una efectiva intención de obligarse por parte del mismo. Si la aceptación recae, el contrato queda perfeccionado y el oferente vinculado a los términos de su oferta, que se integra en el contrato. Ahora bien, la publicidad relativa a un producto o servicio puede equivaler o no a una oferta de contrato. Se da el primer caso cuando el contenido informativo que aparece en la publicidad hace referencia a todos los elementos esenciales del contrato proyectado. En esta hipótesis estamos ante lo que podríamos llamar oferta publicitaria. Pero otras veces, la publicidad tiene fundamentalmente una función de reclamo y la información que contiene se limita a aquellas cualidades o características del producto que se consideran más apropiadas para incitar al público a contratar. En este supuesto, la publicidad no puede ser equiparada a la oferta.

La mayoría de los autores se inclinan por considerar que los anuncios publicitarios o bien son un simple reclamo o propaganda, o se limitan a simples invitaciones a entrar en conversaciones que completen y perfilen la oferta[979], y son pesimistas por lo que respecta a

---

[977] Terminología empleada por DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pág. 304.

[978] Para MENÉNDEZ MATO (cfr. *La oferta contractual*, Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 92), si en el mensaje publicitario no están presentes aquellos elementos esenciales del contrato a cuya promoción se dirige, se tratará de una mera actividad publicitaria encuadrable en el período de los tratos preliminares. Si dichos elementos esenciales están recogidos en él, todavía no es suficiente para calificarlo de oferta, ya que ello dependerá de la presencia en dicho mensaje de una auténtica voluntad contractual de su autor. De tal forma, que el mensaje publicitario tendrá calificación de oferta contractual cuando contenga la intención de contratar y recoja los elementos esenciales del futuro contrato. Si dicha voluntad contractual está ausente, se estará, según GÓMEZ LAPLAZA, en el terreno propio de los tratos (vid. "Comentario al artículo 1262 CC", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XVII, vol. 1º-B, Edersa, Madrid, 1993, págs. 60-61). Pero aún en este caso, se ha puesto de manifiesto que la vinculatoriedad de esa "oferta" tiene unos condicionamientos o límites derivados, principalmente, de la disponibilidad normal del oferente, en este sentido MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato*, Madrid, 1963, pág. 51.

[979] Por todos, ARRILLAGA, J. I., "Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas", *Revista de Derecho Mercantil*, 1952, págs. 28 y 29.

la posibilidad de que puedan calificarse como auténticas ofertas de contrato[980]. Y es que si la publicidad se dirige a estimular el consumo, pero no atribuye, no promete o sugiere ninguna característica a los bienes promocionados, mal puede establecerse un contraste entre lo que debía ser y lo que es, entre lo prometido y lo cumplido, entre la conformidad y la disconformidad del bien con el contrato que es, a fin de cuentas, de lo que se trata.

Una fecha clave, en este debate viene marcada por la entrada en vigor la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Con anterioridad a este momento, el Tribunal Supremo ya había tenido ocasión de pronunciarse en algunas sentencias reconociendo, en determinados supuestos, un valor vinculante a la publicidad llevada a cabo con antelación al nacimiento del contrato. La Sentencia de 14 de junio de 1976 (RJ 2753)[981], considera a la propaganda, en este caso concreto, como oferta vinculante. También la de 27 de enero de 1977 (RJ 121)[982], declara obligatorio el contenido de la publicidad previamente realizada, el cual es trasladado e integrado como contenido propio del contrato ya perfeccionado. En ambas sentencias, que han sido consideradas como antecedente de la solución legal adoptada en el art. 8 LCU, se llega a

[980] Por el contrario, DE LA CUESTA RUTE (*Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974, pág. 143) opina que tanto en los supuestos de publicidad informativa como en los de publicidad promocional pueden reconocerse los requisitos y darse las circunstancias que abonen la solución de calificarlos de verdadera oferta de contrato.

[981] En la STS de 14 de junio de 1976, se discute la correspondencia entre el rendimiento real de una máquina y el anunciado por la casa vendedora; en su último considerando, afirma que, "aun tratándose del mismo modelo, no da el rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica y gráfica unida a los autos, que cumple la función de una oferta, que vincula al vendedor, en la que afirmaba un rendimiento horario de 2000 a 2300 litros por hora, oferta por la que se guió el comprador. La STS de 9 de febrero de 1981 (RJ 533), resuelve la controversia de idéntico modo a la anterior. Se pronuncia directamente sobre la consideración jurídica que merece la campaña publicitaria operada, en este caso, con antelación a la venta de unas viviendas de una urbanización. En esta campaña se hacía referencia expresa –por medio de anuncios-, a la existencia en dicha urbanización, entre otros elementos, de piscina para adultos, piscina infantil, agua, zonas verdes; y nuevamente el TS valora dicha publicidad como una auténtica oferta contractual, y a su contenido como propio del contrato celebrado.

[982] El actor es el comprador de un piso, que demanda a la constructora del mismo, ante las deficiencias que presentaba en cuanto a su insonorización y a la instalación de aire acondicionado, servicios detallados en los folletos de propaganda difundidos por la empresa, en los que expresamente, se decía que no constituían documento contractual, y que abarcaban prestaciones, instalaciones y características del inmueble que no constaban en el contrato suscrito entre vendedor y comprador. El anunciante intentó desvincularse unilateralmente del contenido del anuncio, insertando una cláusula que decía que el folleto propagandístico era meramente orientativo, es decir, que no poseía carácter contractual. El TS se pronunció sobre tal extremo, ya que siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el art. 1258 CC, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa. Respecto a cuál debe ser el valor de este tipo de cláusulas, consideramos que las mismas no pueden tener valor alguno frente al consumidor, ya que éste entiende, de buena fe, que el empresario queda vinculado por sus declaraciones contractuales publicitarias. CABALLERO LOZANO, considera que no conceder validez a dichas cláusulas es congruente con la doctrina de los actos propios, y la exigencia de reducir al máximo la inmunidad de las declaraciones no vinculantes ("Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia", en *Act. Civil*, 1996-1, referencia XIII, págs. 293 y ss.).

una misma solución jurídica: dotar de fuerza contractual al contenido de la publicidad previa al contrato; si bien, el Tribunal Supremo no emplea idéntica argumentación para conseguir el citado efecto. En la primera, opta por calificar de oferta, a la propaganda realizada, que, tras ser aceptada, se hace vinculante. En cambio, en la sentencia de 1977, acude al articulo 1258 CC y, a tenor de la buena fe[983], integra dentro del contenido del contrato, las manifestaciones publicitarias previas llevadas a cabo por la vendedora.

Con la entrada en vigor de la Ley de consumidores, y a tenor de su artículo 8, el contenido de la publicidad pasa a considerarse de obligado cumplimiento y directamente exigible por los consumidores como contenido propio del contrato celebrado, salvo que éste último fuese más beneficioso[984]. La incorporación de la publicidad al contrato no exige justificar el carácter vinculante de la misma, considerándola como oferta de contrato[985], la publicidad es exigible por la propia fuerza de obligar del Ordenamiento

---

[983] Ante la falta de apoyo legal, LASARTE ÁLVAREZ, propuso, en aquel entonces, integrar el contrato con las determinaciones impuestas por los criterios establecidos en el art. 1258 CC, y particularmente, con la buena fe como criterio normativo (vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la STS de 27 de enero de 1977)", en *RDP*, 1980, pág. 78): debe aplicarse el principio de la buena fe a la hora de determinar el contenido del contrato teniendo en cuenta las expresiones publicitarias porque hay demasiado consumismo, demasiados contratos de adhesión, demasiadas presunciones de carácter técnico en las que el ciudadano corriente y moliente resulta siempre engañado. Hay demasiadas empresas publicitarias (de estudios de mercado o consultings) cuya única finalidad parece estribar en anular la propia voluntad o arbitrio individual mediante una pertinaz y, la más de las veces, falsa propaganda cercana a la sublimación. RICO PÉREZ también recalcó la centralidad del principio de buena fe contractual en el fallo judicial, en cuanto que equivale a aquellas normas de conducta que han de ser observadas por toda conciencia honrada y leal. En la lealtad contractual todavía debe ser mayor la exigencia cuando una de las partes publica la suya con la propaganda ("La publicidad y el consumidor de bienes inmuebles en la jurisprudencia civil española", en *La Ley*, 1982-1, pág. 749). En esa misma línea, FONT GALÁN opina que la honradez profesional, o lo que en la legislación mercantil se denomina como normas de lealtad, probidad y corrección profesional, constituye un seguro fundamento de la vinculatoriedad obligacional de las declaraciones publicitarias. Es lógico que los consumidores se atengan a lo prometido en los folletos publicitarios; lógica jurídica que lleva al Tribunal Supremo a reconocer y tutelar la confianza generada en el ánimo negocial de los consumidores por medio de la publicidad ("La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho Privado contra la publicidad engañosa", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1988-4, pág. 20). También PÉREZ GARCÍA, P., *La información en la contratación privada: en torno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990, págs. 209-213.

[984] Este precepto constituye, de acuerdo con la doctrina y con su aplicación jurisprudencial, la principal referencia legislativa que permite hablar de los efectos contractuales de la publicidad y de su integración en el contenido contractual, tal y como proclamó el Tribunal Supremos en la sentencia de 7 noviembre de 1988 (RJ 8419), primera que aplicó el art. 8 y que será punto de referencia para todos los pronunciamientos judiciales posteriores, al declarar que "la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el art. 8 de la Ley 26/1984, y origina responsabilidad en el oferente".

[985] MORALES MORENO, advirtió que la incorporación de la publicidad al contrato no exige que la misma sea considerada como oferta. La buena fe o el artículo 8 LCU permiten lograr esa incorporación al margen de esa voluntad; no es necesario, por tanto, justificar el carácter vinculante de la publicidad considerándola como oferta de contrato ("Información publicitaria y protección del consumidor..." en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1992, op. cit., pág. 685). Esto es precisamente lo que hacen los jueces en la mayoría de las ocasiones, evitar el

jurídico y, en concreto, a través del articulo 1258 CC, y de los artículos 8 LCU y 3.2 del Real Decreto de 21 de abril de 1989[986]. Se llega así a la conclusión, un tanto paradójica, de que la publicidad, con independencia de cualquier otra consideración, hay que situarla dentro de la oferta, pero sin llegar a ser parte de la oferta contractual propiamente dicha: tanto la buena fe del art. 1258 del CC como el art. 8 de la LCU permitirán la plena incorporación de la publicidad al contrato al margen de la voluntad de las partes. Presupuesta de esta manera la regla de la incorporación de la publicidad al contrato, no se hará necesario justificar el carácter vinculante de la publicidad considerándola como parte constitutiva de la oferta del contrato.

Por otro lado, el concepto de oferta, tal y como está construido y reflejado en el Código civil, no es el marco dogmático adecuado para encuadrar todos los efectos que pueden derivarse de los artículos 8 LCU y 3.2 del RD 515/1989. Difícilmente permite vincular al contratante por la publicidad emitida por un tercero. Tampoco resulta adecuado para vincular al anunciante que no es parte en el contrato, ya que el concepto de oferta debe conectarse a la que proviene de alguno de los contratantes. Igualmente, quedarían fuera los casos en los que el mensaje publicitario sólo contiene algún elemento fragmentario, omitiendo otros elementos que se consideran esenciales para el contrato a celebrar; se estaría así, premiando –desresponsabilizándolo- al anunciante que omitiera el deber de información, frente al que diera una información concreta de todos los elementos esenciales del producto, incluyendo los que no le fueran más favorables. Además, si la consideración de la publicidad como oferta, se hace depender de la efectiva voluntad de obligarse por parte del anunciante, bastaría, para evitar la relevancia negocial del anuncio, que en él se hiciera constar, como es frecuente, que no puede considerarse como

---

problema de averiguar si hubo o no oferta, acudiendo al precepto citado o a las exigencias del principio de buena fe.

[986] Como dice PASQUAU LIAÑO, los contratos obligan, no sólo a lo expresamente pactado, sino a más cosas: a todas las consecuencias queridas o no, que, según la naturaleza del contrato, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley imperativa. Tomarse en serio lo dispuesto en el artículo 1258 CC, equivale a superar la visión documentalista y voluntarista del contrato. El contrato no es sólo un acto de autonomía de la voluntad, o mejor dicho, ésta no es ya la única fuente normativa del contrato. Supone hacer del contrato una "estructura normativa abierta", potencialmente al servicio, no ya de los intereses particulares del individuo, sino al mismo tiempo de los intereses sociales que encuentran expresión en las fuentes legales y judiciales ("Comentario del artículo 8.1 y 8.2 de la Ley de consumidores y usuarios", en op. cit., pág. 161). También CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1994, págs. 150-151; y MORALES MORENO, "Información publicitaria y protección del consumidor: reflexiones sobre el artículo 8 de la Ley de Consumidores y Usuarios", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1992, págs. 683-684.

documento o declaración contractual, lo cual es inadmisible, pues un empresario o profesional no puede, de un lado suministrar una información y, de otro, pretender que ésta sólo tiene un carácter indicativo y no le obliga. Es por ello, que la fuerza vinculante de los documentos publicitarios encuentra su justificación material en el principio de coherencia, en la ilegitimidad de ir contra los propios actos, después de haber generado con ellos la confianza de los terceros.

La decisión de reconocer a nivel normativo la exigibilidad de las características publicitarias de un bien objeto de contrato, pretende evitar la inseguridad y heterogeneidad de soluciones a que puede llevar la necesidad de decidir, en cada caso concreto, qué ha de formar parte del contrato en atención a la buena fe y qué en atención a la oferta pública. Tiene razón MORALES MORENO[987], cuando afirma que el reconocimiento legal de la exigibilidad de la publicidad como contenido propio del contrato, evita dificultades dogmáticas que, en general, presenta la incorporación de la publicidad al mismo. Sin embargo, no deja de resultar llamativo que el Tribunal Supremo haya seguido su inercia inicial a la hora de justificar la integración de la publicidad en el contrato, recurriendo en su fundamentación, a la buena fe o a su consideración como auténtica oferta contractual, según los casos. Así pues, el art. 8 LCU, constituye un apoyo más invocado en las resoluciones judiciales, pero no el único argumento esgrimido. Del conjunto de sentencias del Tribunal Supremo, destacan los siguientes argumentos, a menudo entremezclados, que convierten el contenido de la publicidad en relevante jurídicamente y exigible en el momento de la ejecución del contrato perfeccionado: 1) El mensaje publicitario es una oferta contractual (art. 1262 CC); 2) El contenido de la publicidad previa al contrato se integra en el contenido propio de éste (art. 1258 CC); 3) La publicidad operada con antelación al contrato es un elemento importante, y a menudo decisivo, para interpretar la auténtica voluntad de las partes contratantes (arts. 1281 y ss. CC); 4) El contenido del anuncio publicitario, realizado con antelación a la perfección de un contrato y en el ámbito de los consumidores, es obligatorio si es más beneficioso para el consumidor que las

[987] Vid. "Declaraciones públicas y vinculación contractual", en *ADC*, I, 1999, págs. 269-270. En sentido similar, se pronuncia AVILÉS GARCÍA, J., "Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo", en *Act. Civil*, 2000, ref. XLIX, pág. 1196; CORRAL GARCÍA, *La oferta de contrato al público*, Valencia, 2002, pág. 215; CASTILLA BAREA, M., "La determinación de la falta de conformidad del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (II Parte)", en *Aranzadi Civil*, núm. 18, enero 2003, págs. 22 y ss.

específicas cláusulas de dicho contrato y exigible a tenor de su normativa específica (art. 8 LCU)[988].

Se considera que para que la integración del contrato se produzca, la publicidad debe incorporar un contenido informativo, es decir, debe atribuir características concretas, de forma que tal atribución contraste con las que realmente presentan los bienes entregados al consumidor. Si sólo contiene declaraciones sugestivas o laudatorias del inmueble en cuestión, el comprador no puede legítimamente extraer de ello ninguna consecuencia sobre la calidad de la prestación que se contrate. Esto lleva a distinguir entre la publicidad informativa y la publicidad meramente persuasiva[989], de tal forma que únicamente la primera vincula al vendedor, porque sólo ella es susceptible de generar expectativas concretas en el consumidor, en tanto que la segunda se limita a incitarle a contratar. Sin embargo, esta función estimulante del consumo no es un atributo exclusivo de la llamada publicidad persuasiva, pues a nadie se le oculta que cualquier tipo publicidad –parezca más o menos objetiva, más o menos seria-, tiene por finalidad última promover la contratación sobre los productos o servicios que promociona[990] y que, si proporciona una cierta información, con más visos de verosimilitud en unos casos que en otros, es porque ello se considera, en un momento dado, como una buena táctica comercial. Seguramente por esto, se ha objetado[991] a la distinción entre publicidad informativa y sugestiva, de cara a establecer o excluir su fuerza vinculante con respecto al vendedor, que resulta de muy

[988] En este sentido, vid. MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 94.

[989] La terminología es la empleada por MORALES MORENO, "Declaraciones públicas ...", op. cit., pág. 269. DE LA CUESTA RUTE (op. cit., pág. 143), se refiere a la publicidad informativa y promocional.

[990] Decir que la publicidad sirve para informar al consumidor sobre los diferentes productos que se encuentran en el mercado, no pasa de ser una declaración de intenciones muy alejada de la realidad en la mayor parte de los casos; y ello, porque el objetivo esencial de la publicidad es, más que informar, promocionar la contratación de los productos, como reconoce el artículo 2 LGP (GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Ed. La Ley, Madrid, 1996, págs. 73-74). Igual opinión sostiene DE LA CUESTA RUTE, op. cit., pág. 142; CORRAL GARCÍA, *La oferta de contrato al público*, Valencia, 2002, pág. 180; MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 92. Con todo, y aunque es cierto que la publicidad la costea el productor o suministrador de servicios, el comerciante o empresario y es el interés de éstos el que pretende satisfacer, siendo en este sentido un instrumento de la libertad de empresa y no cabe pretender reducirla a un instrumento de política de educación e información a los consumidores. Aun así, se debe insistir en analizar la publicidad desde la óptica de la información al consumidor, por una doble consideración: en primer lugar, porque lo que sí debe intentar evitarse es que la publicidad ocasione desinformación o confusión, es decir, engaño; y en segundo lugar, porque como una manifestación más de la función social de la libertad de empresa, cabe "gravar" el derecho a la actividad publicitaria con una "carga" de información mínima sobre determinadas cualidades esenciales del producto anunciado, cuyo incumplimiento puede determinar la ilicitud de la publicidad (vid. PASQUAU LIAÑO, M., "Comentario del artículo 8.1 y 8.2 de la Ley de consumidores y usuarios", op. cit., pág. 143).

[991] Así se pronuncia CASTILLA BAREA, M., "La determinación de la falta de conformidad del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (II Parte)", en *Aranzadi Civil*, núm. 18, enero 2003, pág. 31.

difícil delimitación[992], a pesar de que desde un punto de vista teórico fuera posible, distinguir entre los datos informativos y comprobables técnicamente de los ajenos a esta comprobación.

En nuestra opinión, la distinción entre ambos tipos de publicidad ha quedado muy difuminada con la promulgación de la normativa protectora de los consumidores. Efectivamente, es posible que haya muchos anuncios que se emiten conteniendo información completa sobre el contenido del contrato que se está promoviendo, y además el anunciante se compromete a contratar cuando algún consumidor le manifieste su intención de adquirir el producto o servicio anunciado. En esos casos, la publicidad vincula al empresario porque se ha configurado como oferta de contrato al público, luego su contenido es contenido contractual por la propia mecánica de la formación del contrato; el artículo 8 de la Ley de consumidores simplemente sirve a mayor abundamiento.

Ahora bien, el que en un caso concreto, y por no reunir los requisitos de ser completa y hecha con la intención de vincularse, una publicidad dirigida a los consumidores no pueda considerarse oferta de contrato, no es obstáculo para que su contenido sea exigible por el consumidor, si se llega a perfeccionar el contrato sobre el bien o servicio objeto de publicidad, es en estos casos donde precisamente entra en juego con toda su fuerza la exigibilidad de las afirmaciones publicitarias. Por tanto, la *invitatio ad offerendum* no es una declaración que no vincule a su autor en ningún sentido; si bien no lo hace desde el punto de vista de la perfección del contrato que se pueda celebrar, sí lo hace desde la perspectiva que determina en parte el contenido del mismo[993].

---

[992] El problema es cuándo incorpora la publicidad dicho contenido informativo, apareciendo como una cuestión de interpretación. Pero una vez que semejante contenido informativo ha sido probado, el promotor no podrá eludir la norma mediante la afirmación de que aquella publicidad no debía ser creíble, o que su exigibilidad sería desproporcionada en relación con el precio que el comprador ha pagado por la cosa (en contra SAP de Sevilla, de 19 de septiembre de 1992 [AC 1275], anulada por la STS de 8 de noviembre de 1996 [RJ 8260]), en este sentido, vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª ed., Dilex, Madrid, 2000, pág. 361.

[993] En este sentido, GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 106-107; de parecer similar SANTOS MORÓN, M.ª J., "El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados", en *Estudios sobre consumo*, núm. 42, 1997, pág. 25. También CORRAL GARCÍA, E., "La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", en *Actualidad Civil*, 2000, referencia LVIII. Igualmente DE LA HAZA DÍAZ, P., "La oferta publicitaria de los viajes combinados (I)", en *Estudios sobre consumo*, núm. 47, 1998, pág. 13.

b) Excepción a la eficacia vinculante de la publicidad: existencia de acuerdo modificando los términos de la publicidad (o publicidad sin efectos contractuales: art. 8.2 LCU).

Hasta ahora hemos visto cómo el contenido de los mensajes publicitarios forma parte del clausulado contractual, aun cuando no esté recogido en la documentación del contrato que pueda existir en su caso, y puede ser exigido por el consumidor porque vincula al empresario o comerciante, con el que aquél ha contratado. A propósito de dicha incorporación, ha de tenerse en cuenta, no obstante, que si en el contrato se hubiese pactado condiciones más favorables[994] al consumidor, prevalecerán éstas (art. 8.2 LCU)[995]. Ello, *a sensu contrario*, significa que la publicidad debe prevalecer sobre las cláusulas contractuales más desfavorables al consumidor, ello supone no limitar su papel al de llenar lagunas contractuales, sino admitir que sirve también para alterar su contenido[996].

En principio, el hecho de que el contrato celebrado contenga una regulación contradictoria a la prometida en la publicidad (*v. gr*. en el anuncio publicitario se afirma que los pisos en venta forman parte de una urbanización que cuenta con instalaciones deportivas y piscina comunes; en el contrato de compraventa se indica que el acceso a las instalaciones deportivas y a la piscina está permitido sólo a aquellos propietarios que paguen una cuota mensual adicional) no excluye la eficacia vinculante de ésta. Si no fuese así, la protección proporcionada por este precepto sería ilusoria puesto que cualquier empresario podría evitar el juego del art. 8 LCU desmintiendo en el contrato lo anunciado en la publicidad[997].

---

[994] Ahora bien, cómo se determina, de manera objetiva, qué cláusulas son más beneficiosas. ¿es más beneficioso pagar al contado o hacerlo a plazos? En caso de precio aplazado, ¿es siempre más conveniente un plazo largo que uno breve? Si se pactan intereses por la cantidad aplazada, ¿es preferible una cláusula de interés fijo a otra de interés variable?. En este sentido, CUENCA ANAYA, F., "El consumidor de bienes inmuebles", en *Academia Sevillana del Notariado,* tomo VI, Edersa, Madrid, pág. 28.

[995] Aunque en el artículo 3.2 del Real Decreto de 21 de abril de 1989, no figura una regla semejante a la del art. 8.2 LCU, debido al alcance general de este último precepto, es evidente que también se aplicará esta norma en el supuesto de compraventa de viviendas, ya que el RD 515 /1989, no hace sino especificar y concretar el criterio general que aparece en el art. 8 LCU.

[996] En igual sentido vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1994, pág. 152.

[997] PASQUAU LIAÑO, M., "Comentario al artículo 8 LCU", en op. cit., págs. 165-166. También SANTOS MORÓN, M.ª J., "Información precontractual, forma y prueba del contrato", en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, coordinado Gema Botana García y Miguel Ruiz Muñoz, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs.142-143.

Respecto de la eficacia de un eventual acuerdo de las partes en cuya virtud se excluyesen en la vivienda algunas características que de la misma se pregonan en la publicidad, parece existir una división de opiniones entre los autores patrios; mientras un sector[998] considera que los contenidos de la publicidad sólo pueden ser excluidos del contrato por el consumidor cuando se estipule algo más favorable, otros autores[999] admiten la posibilidad de que las partes, de mutuo acuerdo, pacten cláusulas o condiciones distintas a las recogidas en la publicidad. En esta hipótesis, el consumidor que ha aceptado la modificación no puede reclamar el cumplimiento del contrato, en los términos anunciados en la publicidad. Ante el peligro de amparar más allá de lo justificable al consumidor,

[998] Fundan su criterio en el tenor literal del art. 8 LCU; unido al carácter irrenunciable de los derechos de los consumidores. En este sentido, el juego de la autonomía de la voluntad se ha pretendido restringir en nuestro Ordenamiento, invocando el art. 2.3 LCU, que considera nula "la renuncia previa a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios". Aunque, la verdadera función de este precepto no ha de ser limitar el poder de la autonomía de la voluntad para establecer cualidades del objeto, sino impedir que se pacte la exclusión de los medios de protección que ofrece la Ley al consumidor. Opiniones doctrinales que se orientan en esta dirección restrictiva de la autonomía de la voluntad: CORRAL GARCÍA, piensa que en los casos donde haya existido una negociación entre empresario anunciante y consumidor y el contenido final del contrato sea menos favorable para el consumidor que lo anunciado en la publicidad, ésta es un mínimo innegociable, por lo que siempre podrá ser exigida, ya que el precepto en su globalidad instaura una cortapisa a la libertad para negociar, beneficiosa para los consumidores ("La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", en *Actualidad Civil*, 2000, referencia LVIII). También la obra, del mismo autor, *La oferta de contrato al público*, Valencia, 2002, págs. 211-212. En parecido sentido LÓPEZ SÁNCHEZ, "Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor", en *Estudios sobre consumo*, núm. 16, 1989, pág. 73: opina que el consumidor que haya confiado en la publicidad difundida, puede olvidarse de lo convenido particularmente con su contraparte, si lo que resulta del acuerdo le es menos favorable que lo manifestado en el anuncio publicitario

[999] Conforme con admitir un límite derivado de la buena fe, que impedirá al consumidor exigir el contenido de la publicidad cuando los términos del contrato son contrarios a lo prometido en aquélla, y dicho contrato ha podido ser discutido y negociado individualmente por los contratantes, vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª ed., Dilex, Madrid, 2000, págs. 361-362. Igualmente BERCOTIZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", y "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*, A. y R. Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 186 y 249; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Ed. La Ley, Madrid, 1996, pág. 76. También DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pág. 304; MORALES MORENO, "Declaraciones públicas ...", op. cit., págs. 274 a 276. Considera PASQUAU LIAÑO que el quid de la cuestión no está en establecer límites apriorísticos o extrínsecos a la exigibilidad de los contenidos publicitarios. Si el contrato los descarta expresamente, la publicidad prevalecerá, a menos que sea menos beneficiosa; las prestaciones propias de cada producto o servicio serán exigibles aunque en el contrato no se mencionen; la publicidad será exigible aunque su inexactitud no se deba a culpa o dolo del anunciante; el anunciante quedará vinculado no sólo por la publicidad objetivamente falsa, sino también por las expectativas que genere por su forma de presentación; y el consumidor podrá exigir la celebración del contrato en los términos prometidos por la publicidad, sin que pueda negarse el anunciante o distribuidor del producto o servicio. Debe postularse esta interpretación "a la larga" del precepto, porque así lo exigen las finalidades político-jurídicas que persigue. Para evitar los abusos de los consumidores o las consecuencias absurdas que de tal interpretación se puedan derivar habrá que acudir a la teoría general de los límites intrínsecos del derecho subjetivo, de tal manera que la doctrina de los actos propios, la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC) y el abuso del derecho (art. 7.2 CC), podrán constituir instrumentos valiosos en manos del juez para evitar los excesos a que pudiera dar lugar este art. 8 LCU (vid. "Comentario del artículo 8.1 y 8.2 de la Ley de consumidores y usuarios", en op. cit., págs. 169-171).

habrá que estar al caso concreto, así la corrección del contrato por el contenido publicitario estará justificada cuando al consumidor se le ofreció un contrato con unas condiciones generales prerredactadas y distintas de la publicidad, a las que tuvo que adherirse para adquirir el bien o servicio; pero no lo estará si se trata de cláusulas contractuales particularmente pactadas, expresamente aceptados esos cambios por el adquirente y en las que el alejamiento de la publicidad aparece justificado, porque, pongamos por caso, a cambio se le ofreció al consumidor una compensación[1000].

Tal vez el problema no es tanto reconocer la eficacia de la autonomía de la voluntad en cuanto a la exclusión de lo publicado, sino determinar cuándo puede entenderse que la alteración del contenido publicitario ha sido aceptada consciente y voluntariamente por el consumidor al celebrar el contrato; aceptación que no cabe deducir de la mera discordancia entre el contenido del contrato y la publicidad. Está claro que la cuestión no puede resolverse ofreciendo una solución genérica aplicable a todo supuesto, pero algunas pautas que permiten deducir la anuencia del consumidor a la modificación operada, podrían ser, tal y como propone SANTOS MORÓN[1001], el que la alteración afectase a algún elemento esencial de forma que difícilmente pudo pasar desapercibido al consumidor al celebrar el contrato o, el hecho de que la alteración conllevase una compensación (el bien adquirido es de menor calidad que el anunciado, pero el precio pactado es también inferior al indicado en la publicidad). En los restantes casos, el empresario interesado en excluir la integración publicitaria del contrato, deberá demostrar que el consumidor consintió la modificación. El art. 8 LCU se impone por encima de la autonomía de la voluntad.

c) Ventajas de la integración publicitaria del contrato.

Si la publicidad genera en uno de los contratantes una falsa representación acerca de lo que luego resulta ser la realidad, el supuesto podría ser considerado bien como un

[1000] En cualquier caso, no existe unanimidad, algún autor considera discutible lo anterior, si se piensa que la finalidad de la normativa protectora de consumidores no es la garantía de la formación de un consentimiento negocial informado y libre, sino la de un contenido negocial conforme con determinados módulos objetivos de cumplimiento normal, las prestaciones propias de cada producto o servicio (vid. CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A., "El art. 8 LCU en la jurisprudencia", en *Aranzadi Civil*, 1996-II, págs. 147-148.

[1001] SANTOS MORÓN, M.ª J., "Información precontractual, forma y prueba del contrato", en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, coords. Gema Botana García y Miguel Ruiz Muñoz, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 143. Estima CUENCA ANAYA, el contenido de la oferta, publicidad e información debe ser conocido por el notario y los otorgantes en el momento de autorizarse la escritura, y en el caso de que haya diferencias entre aquel contenido y lo que se pretende pactar, debe constar esa diferencia y que es querida y aceptada por las partes, en "El consumidor de bienes inmuebles", en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VI, Edersa, Madrid, pág. 29.

caso de dolo, bien como un caso de error, pudiendo el contratante afectado anular el contrato. El problema que presenta esta solución tradicional, al margen que los requisitos necesarios para que exista dolo o error invalidante pueden no darse en todos los casos (el dolo requiere la existencia de una intención de engaño por parte del otro contratante; el error para que sea relevante ha de ser esencial y excusable) es que el consumidor frecuentemente no le interesara la anulación del contrato[1002].

Los artículos 8 LCU y 3.2 del Real Decreto de 1989 permiten[1003], sin embargo, dotar de protección al contratante que ha sido defraudado en las expectativas creadas por la publicidad con independencia de la intencionalidad o negligencia del anunciante y, por supuesto, sin necesidad de anular el contrato. Además la posibilidad del consumidor de dirigirse contra la otra parte contratante y exigirle el cumplimiento de las afirmaciones (acerca de las características, calidad, ubicación, distribución, superficie, precio de la vivienda), incluidas en la publicidad es el medio más eficaz de reparar la insatisfacción del consumidor, decepcionado ante la falta de correspondencia entre la realidad y lo que la publicidad le ha hecho esperar. Dada la función integradora de la publicidad, respecto del contrato de compraventa, en el sentido del artículo 1258 CC, que hace exigibles semejantes contenidos publicitarios, aunque no figuren expresamente en el contrato, el consumidor dispone de las correspondientes acciones de cumplimiento y resolución del contrato[1004] -sin perjuicio de las acciones de impugnación por error o dolo, que podrá ejercitar alternativamente a aquéllas-. La resolución del contrato deberán subordinarse a que la disconformidad entre publicidad y contrato revista la suficiente entidad como para considerarse relevante en la determinación del comprador y en la economía del contrato. Si la resolución no es posible, por no revestir el incumplimiento la suficiente gravedad, siempre podrá el comprador solicitar una rebaja del precio de compra (analogía *ex*. art. 1486 CC), además de las indemnizaciones por los daños que aquella privación le cause. Si

[1002] Como acertadamente precisa el profesor MORENO QUESADA, al comentar la insuficiencia de la regulación que estableció el Código civil en materia de vicios del consentimiento, las causas que la provocan son tanto cuantitativas, cualitativas, y especialmente, hay que tener en cuenta el dato que se relaciona con las consecuencias jurídicas de los vicios: la nulidad del contrato en cuya formación se ha producido, ya que no siempre con la conseguida nulidad del mismo se satisfacen los intereses del que fue víctima del vicio perturbador del consentimiento, pues el destruir la eficacia del contrato puede resultar tan perturbador, o más, que soportar las consecuencias negativas que le reportaría su viciada declaración de voluntad. Vid. "La oferta de contrato cuarenta años después", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4982-4983.

[1003] El incumplimiento del deber que establecen los artículos 8.1 LCU y 3.2 del Real Decreto de 1989, según el cual, los datos, caracteres y condiciones ofrecidas en la oferta, promoción y publicidad, serán exigibles, aunque no figuren en el contrato o documento contractual, constituye una infracción administrativa de consumo (art. 11 del RD 515/1989).

[1004] GARCÍA GIL, F. J., *La compraventa de vivienda*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 1999, pág. 34.

el comprador reclama el cumplimiento en especie, el constructor no podrá excusarse alegando los altos costes de realización de las obras precisas.

Puede ocurrir que el sujeto que contrata con el consumidor no siempre coincida con el anunciante del producto o servicio, en estos casos surge la necesidad de determinar a quién le es exigible el contenido de la publicidad y por qué cauce jurídico[1005]. Nos parece que trasladando esta situación a la oferta, publicidad y promoción de viviendas, lo normal, de acuerdo con el protagonismo que adquiere en todo el proceso edificatorio, y también en la divulgación publicitaria de una promoción inmobiliaria el promotor-vendedor o constructor, lo normal es que quien contrata con el adquirente sea el anunciante, además, como tal publicidad se refiere a un producto, la vivienda, que él mismo fabrica, la publicidad debe incorporarse al contrato como una obligación, es decir, como un deber de prestación que recae sobre el promotor-vendedor, de tal forma, que éste sólo cumplirá, si su prestación reúne los caracteres anunciados, habiendo en otro caso incumplimiento contractual. Dada la configuración del promotor como garante, hay que entender que éste asume una auténtica obligación de resultado, consistente en la entrega de los pisos o locales de acuerdo con el contenido de los contratos celebrados y lo anunciado en la propaganda publicitaria, construidos según *lex artis* y exentos de vicios o defectos de construcción.

[1005] Cuando el sujeto que celebra el contrato y se obliga a realizar una prestación frente al consumidor, no es el anunciante, dado que el art. 8 LCU señala que el contenido de la publicidad es exigible, sin supeditarlo a que se haya contratado con el anunciante, el contratante profesional quedará vinculado por la publicidad ajena. Como razones se alegan que el contratante profesional también resulta beneficiado de tal publicidad, que dada la complejidad de la red de distribución comercial, negar al consumidor la posibilidad de actuar directamente contra aquél con quien contrató significaría hacer ilusoria su garantía, y finalmente, que por su carácter profesional, hay que presumir que conoce la publicidad y la posible discrepancia del producto con ella. Luego el contratante no anunciante responde contractualmente frente al consumidor, sin perjuicio de su acción de regreso contra el anunciante. En cuanto al anunciante no contratante, también le es exigible la responsabilidad que consagra el art. 8 LCU. Pero como la Ley no especifica la vía para ello, en la doctrina se han expresado voces tanto a favor de su configuración como contractual (PASQUAU LIAÑO, "Comentario a los artículos 8.1 y 8.2 LCU", en op. cit., pág. 173) como extracontractual (MORALES MORENO, "Información publicitaria y protección del consumidor...", en op. cit., págs. 689 y ss). El art. 8 LCU diseña un instrumento jurídico nuevo para la protección de los consumidores. Este instrumento se puede caracterizar como una responsabilidad *ex lege*, que surge al margen de la culpa y se basa en el hecho de crear una confianza a través del medio publicitario. Tal responsabilidad, es en realidad una garantía: implica que un tercero, ajeno a la relación contractual, garantiza ciertos efectos de un contrato, porque él ha contribuido a la decepción de la parte. El daño indemnizable, a los efectos de esta última construcción, sería el derivado de la insatisfacción sufrida por el consumidor al haber confiado en la publicidad (CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La configuración jurisprudencial del promotor como garante", en *ADC*, fasc. I, enero-marzo, 1990, pág. 235).

En definitiva, de la redacción del artículo 3 del Real Decreto de 1989, se desprende que si en la promoción de una vivienda se han hecho figurar referencias a instalaciones, servicios, garantías o condiciones posteriormente no respetadas, el comprador perjudicado estará legitimado para efectuar la oportuna reclamación, pues el oferente ha quedado vinculado por el contenido del mensaje publicitario y el adquirente tiene derecho a aquello que se le ofreció. Junto con el precepto mencionado, los Jueces también han acudido al art. 8 de la Ley de Consumidores, para acoger las pretensiones de compradores de viviendas que han visto cómo las condiciones de la misma diferían de lo prometido en la propaganda difundida por las empresas constructoras o vendedoras. La principal queja de los compradores ha sido la modificación de los materiales utilizados en la construcción, de tal manera que las instalaciones resultan de calidad inferior a la prometida en la publicidad o en las memorias de calidades.

De forma muy extensa la SAP de Córdoba de 10 de octubre de 2002[1006], contempla un supuesto en el que se condena a la promotora a sustituir el sistema de separación entre patios de vivienda, que era de malla metálica con seto vegetal, por otro de fábrica de ladrillo visto. El tribunal de apelación condena a la promotora en base a la acción derivada por incumplimiento contractual, ejercitada por infracción no sólo de los preceptos del Código civil sobre responsabilidad contractual, sino también de la normativa específica de protección de los consumidores y usuarios en la compraventa de viviendas. Partiendo de la consideración de que la compraventa se concertó sobre plano y en relación con vivienda en construcción, se consideran infringidos los artículos 2, 3 y 10.B.1, del RD 515/1989, así como numerosa jurisprudencia, tanto anterior como posterior a la LCU, que afirma la vinculación del vendedor a las declaraciones publicitarias.

En concreto, una de las cuestiones que ha sido objeto de litigio en bastantes ocasiones ha sido el sistema de calefacción y de aire acondicionado, en cuanto que los equipos instalados no respondían a la calidad anunciada. Así, en una sentencia de la AP Granada de 15 de abril de 1997 (AC 1663) se apreció una infracción del art. 8 de la Ley de Defensa de los Consumidores y 3 del Real Decreto 515/1989 por parte de una inmobiliaria que sustituyó el sistema de calefacción central que iban a poseer unas viviendas, según la publicidad emitida por dicha empresa, por un sistema individual de calefacción mediante paneles eléctricos. La consecuencia de dicha acción es la obligación de la empresa de

[1006] En *Actualidad civil*, núm. 07, semana del 10 al 18 de febrero de 2003.

indemnizar a la compradora en la cantidad que resultara de la diferencia de valor de mercado de la vivienda en su estado actual y el que tendría en el caso de que tuviese instalado calefacción central.

Incide de nuevo sobre un problema de reclamación de la calefacción que figuraba en la publicidad, la STS de 30 de junio de 1997 (RJ 5406). Ante la reclamación de numerosos compradores, alegaba la promotora que la falta de un sistema de calefacción central supone un vicio que, en todo caso, hubiera facultado para el ejercicio de las acciones edilicias, ambas caducadas. El TS considera que los artículos 1490 y 1484 CC resultan inaplicables cuando la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual, cuestión distinta a la que contemplan dichas normas legales y sometidas a distinto plazo de prescripción. Considera la sentencia que lo que se dice incumplido formó parte de las escrituras de venta y debe recordarse (art. 1445 CC) que mediante el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa determinada, añadiendo el art. 1469 CC, que la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato; y el artículo 1091 CC, que los contratos deben cumplirse a tenor de los mismos. Además, respecto de la calefacción que se reclama, la propaganda emitida por la entidad vendedora hacia referencia a la misma al describir las calidades de la vivienda puestas a la venta, y recuerda la integración de los contratos por la publicidad, de acuerdo con el art. 8 LCU. Por otra parte, queda acreditado que la calefacción central fue incorporada como servicio en la declaración de obra nueva y la división horizontal, y tuvo acceso al Registro, de lo que cabe obtener una doble consecuencia: primero, que la vendedora carecía de legitimación para hacer alteraciones en el título constitutivo (arts. 5 y 16 LPH), y segundo, que su incorporación al Registro de la Propiedad hace nacer una presunción de veracidad. De lo expuesto, resulta patente que la vendedora debió dar cumplimiento a lo ofrecido, publicado y estipulado, y el no hacerlo debe considerarse como un incumplimiento de lo pactado.

De modo muy parecido, en una sentencia del TS de 4 de diciembre de 1998 (RJ 8788) se determina un incumplimiento contractual por parte de una constructora que sustituyó los radiadores anunciados en su propaganda de hierro fundido y de la marca “Roca” por otros de calidad inferior de chapa de acero sin comunicárselo a los

compradores, lo que supone despreciar la decisiva influencia de la publicidad sobre los compradores a la hora de contratar, ya que no cabe prescindir de lo ofertado públicamente, ya que la publicidad ha de reputarse integrada en los contratos. Por si fuera poco, también se habían producido otras alteraciones de menor calado, pero que también suponen incumplimiento contractual por parte de la empresa constructora: falsos techos de escayola lisa en los porches de las casas en vez de cielos rasos de láminas de aluminio esmaltadas en color, cierre sencillo en vez de cierre de seguridad en las puertas de acceso a las viviendas, techos de escayola sencilla y no decorada en pasillos y vestíbulos, falta de puntos de luz en las terrazas y dormitorios, etc.

Asimismo, la AP Córdoba, en una sentencia de 17 de julio de 1998 (AC 1361) también apreció un incumplimiento parcial de una constructora que no instaló el sistema de aire acondicionado anunciado en la memoria de calidades, obligando a ésta a instalar los conductos apropiados, o a que se haga a su costa o bien a proporcionar un aparato de aire acondicionado que ofreciera similares prestaciones, ya que "la empresa vendedora no entregó al adquirente todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado como objeto del contrato", a lo que estaba obligada por aplicación de los arts. 2, 3 y 10 del Real Decreto 515/1989.

En otras ocasiones, los compradores han demandado a las constructoras por una serie de desperfectos producidos por la utilización de materiales inadecuados: en la sentencia de la AP Zaragoza de 19 de febrero de 1997 (AC 222) se obliga a una constructora a sustituir los materiales utilizados en la pavimentación de escaleras y rellanos y en la obra de carpintería en general, así como a indemnizar a los compradores de las viviendas por los daños y perjuicios que las obras puedan causarles.

Análogamente, también se ha protegido judicialmente al comprador cuando ha sufrido la carencia de algún otro tipo de equipamiento en la vivienda adquirida. Así ocurrió en la STS 21 de julio de 1993 (RJ 6176), en la que se calificó como construcción defectuosa el hecho de que en unas viviendas no se realizaran una serie de armarios empotrados que, si bien no se especificaban en los contratos de compraventa, sí se anunciaban en la propaganda realizada por la promotora, por lo que los compradores pueden exigir a la misma responsabilidad civil por esa falta de acabado, que se traduce en la consiguiente indemnización.

Otro supuesto relativamente frecuente de engaño al consumidor comprador de viviendas se sitúa en la disminución de la superficie del piso. Podemos citar el caso resuelto por la sentencia de la AP Toledo de 3 de octubre de 1994 (AC 1831), según la cual la diferencia en 1/5 entre la superficie prometida y la realmente entregada supone un incumplimiento contractual del vendedor por cuanto no se ha ajustado a lo prometido en la publicidad, constituida por el plano de la vivienda y la memoria de calidades. Efectivamente, en vez de 70 metros cuadrados la vivienda constaba de 57, por lo que hay incumplimiento esencial y se resuelve el contrato, obligando de acuerdo con lo solicitado por el comprador a la constructora a devolver el precio recibido y a indemnizar a aquél en un millón de pesetas, más los gastos derivados del contrato.

Otro ejemplo es el detectado por la AP Cantabria en una sentencia de 14 de marzo de 1996 (AC 548), consistente en un cambio de ubicación y orientación de una vivienda, haciendo perder las vistas de las cuales teóricamente iba a gozar, respecto al proyecto original que, según la Audiencia, se somete a las consecuencias del art. 3.2 del Real Decreto 515/1989; se resuelve la compraventa, obligando a la promotora a devolver la cantidad recibida a los compradores más los intereses legales en concepto de indemnización.

En otra ocasión, en la publicidad de una promotora de una urbanización privada, dotada, entre otras cosas, de parking individual, se ofrecía la adquisición de unos pisos por un precio fijo; sin embargo, la promotora se reservó la propiedad de las plazas de aparcamiento para venderlas posteriormente por separado. La sentencia de la AP Valencia de 26 de marzo de 1991[1007] declaró nula esa reserva privativa, entre otros motivos, porque en la propaganda confeccionada para promover la venta se afirma, sin especificar diferencia en cuanto a precio o requisito alguno para su adquisición, que en el complejo inmobiliario se incluían las plazas de aparcamiento.

Por último, también podemos citar, en la línea de falta de correspondencia entre las características de la vivienda entregada y las ofrecidas publicitariamente, la STS de 8 de noviembre de 1996 (RJ 8260), en la que se reclama a la promotora-vendedora la entrega del terreno residual de las fincas, sobre las que se construyeron los bloques en forma de "ele", así como su cerramiento, dotándolos de jardinería, columpios y, si fuera posible por

[1007] *RGD*, núm. 562-563, 1991, págs. 6754 a 6758.

permitirlo el terreno, piscina y pista de tenis, tal y como figura en la publicidad gráfica entregada a los compradores.

El Alto Tribunal acude a una serie de argumentos entremezclados, que convierten el contenido de la publicidad en relevante jurídicamente y exigible en el momento de la ejecución del contrato perfeccionado, así, no se puede prescindir de los folletos de propaganda aportados a los autos ya que se trata de documentos que contienen actividad publicitaria con intención de atraer clientes (art. 2 del Estatuto de la Publicidad), constituyendo una clara oferta, de forma que al no entenderlo así se infringen los artículos de la Ley de Consumidores, el principio de la buena fe y el art. 1283, debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuere necesario apreciar engaño o fraude, extremos que no requieren el artículo 8 de la Ley de Consumidores, en relación con el RD 515/1989. Se condena a la promotora a entregar la zona verde y efectuar el cerramiento, en su defecto, si no es posible la prestación específica, se prevé la prestación sustitutoria a fijar en ejecución de sentencia, ya que la empresa constructora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contrato de compraventa.

CONCLUSIONES

I

En nuestro Derecho, la venta inmobiliaria y, más concretamente, la venta de inmuebles en proceso de realización o sobre plano, carece de una regulación específica más allá del contrato de compraventa, estando sometida a las normas comunes recogidas en los artículos 1445 y siguientes del Código civil.

Por su parte, la jurisprudencia la encuadra dentro de la compraventa de cosa futura, concretamente, en la modalidad *emptio rei speratae*, explicando su naturaleza como una compraventa sometida a condición suspensiva, donde la deficiencia o falta de la condición, determina la ineficacia del contrato.

II

La compleja composición del piso en construcción nos lleva a considerar que no se ajusta al concepto de cosa futura, propiamente dicha, es decir, como aquella que no tiene existencia actual, pero, se espera que pueda tenerla. En concreto, y por un lado, el piso, que se adquiere durante su construcción, existe físicamente desde que se encuentra construida, al menos, su estructura. A partir de ese momento, alcanza existencia física como un espacio susceptible de aprovechamiento independiente, pero, sin embargo, sólo existe para entregar al comprador cuando adquiere las características pactadas y con la calidad que también consta en el contrato, cuya variedad es muy amplia, precisamente, por esa complejidad. Por lo tanto, aparte de una existencia objetiva, existe una aceptación subjetiva, basada en pactos del contrato.

Por otra parte, el carácter de bien inmueble que ya tiene el solar sobre el que se construye, con su especial régimen de accesión y la aplicación de la Ley de propiedad horizontal, traen consigo unas modalizaciones del régimen genérico a que podría estar sometido el contrato por su objeto futuro. En definitiva, el piso proyectado implica, por su propia naturaleza fáctica, una cosa que se produce o genera, paulatinamente, en el tiempo y a costa del promotor-vendedor. Se trata de una cosa presente en transformación, de un objeto jurídico en formación. Precisamente por ello, las distintas fases por las que atraviesa la construcción de la edificación deben de carecer de trascendencia en la dinámica de su transmisión y en el grado de los derechos que sobre el piso se puedan tener; sin perjuicio, de que pueda interesar plasmar, en el contrato de que se trate, la reglamentación de los

tiempos de ejecución y entrega y, la repercusión de los mismos en el cumplimiento de la prestación.

III

En el contrato de venta de piso en proyecto o en construcción, la obligación del vendedor no se concreta en la entrega de la cosa, cuando ésta llegue a existir, ya que, para que ello ocurra, es necesario que el vendedor despliegue una actividad orientada, precisamente, a que la cosa (el piso) exista. La obligación de realizar y entregar la obra no constituye, efectivamente, una auténtica condición; lo que ocurre es, que en este tipo de contratos, el plazo actúa como término suspensivo, pues, mientras no llegue ese día, ni el deudor tiene el deber de, ni el acreedor el derecho a exigir la entrega de la edificación. Así, la obligación de construir es una obligación pura e incondicionada del vendedor (excepto pacto especial que la someta a una verdadera condición). Lo futuro de la construcción es una modalidad de la obligación de entrega, conforme a la complejidad del negocio.

IV

Precisamente porque el Código civil no ha tenido en cuenta las particularidades y problemas concretos que plantea la venta de un objeto nuevo, edificado por el propio vendedor, como es la vivienda, unido a la insuficiencia de las reglas sobre saneamiento por defectos de la cosa vendida, se demuestra la limitación del modelo legal de compraventa y la necesidad de operar bajo una aproximación al contrato de obra.

A este criterio obedece la configuración del promotor en la nueva normativa sobre edificación, debiendo de interpretarse la expresión del artículo 17.3 LOE, en el sentido de que el promotor que vende, presta una garantía contractual incondicional de que el bien vendido se ajusta al programa precontractual y a los usos y fines para los que el inmueble debe destinarse. Esta garantía comporta que su responsabilidad es independiente, propiamente, de la imputabilidad de ruina. Consideramos criticable que el legislador no haya dicho, directamente, que la atribución solidaria de responsabilidad por hechos (vicios o defectos de construcción) en los que no se ha intervenido, o con independencia de la efectiva intervención en ellos, configura una solidaridad en estricta función de garantía y confiere, propiamente, al promotor la condición de garante de las obligaciones y responsabilidades de los demás intervinientes.

V

En nuestro Derecho, a la hora de fijar los requisitos para la transmisión de los derechos reales por contrato, se ha adoptado la teoría del título y el modo. El problema que surge radica en determinar si es posible la tradición instrumental, al celebrarse el contrato y, como consecuencia del mismo o, es preciso esperar a la terminación del edificio. Entendemos que lo único verdaderamente importante que se debe añadir a esa voluntad de transmitir el dominio, debe ser la determinación del objeto sobre el que recae el derecho. Tratándose de un edificio en construcción, esa determinación de los pisos, como objetos independientes de derechos dominicales, sólo es posible a través del otorgamiento e inscripción registral de la escritura de división horizontal, para lo cual, basta que la obra nueva esté meramente comenzada, ex. art. 8.4 LH,

En puridad de términos, si acudiendo a la ficción que representa la concesión de la inscripción, que posibilita el art. 8.4 LH, se permite, *verbi gratia,* el embargo de un piso en construcción, no apreciamos la dificultad o inconveniente que en contra se suele alegar, para estimar que, desde que se otorga la escritura pública de compraventa, dicha escritura puede suponer la tradición del art. 1462.2 CC, *traditio ficta* o instrumental que, por otra parte, no constituye, junto con las otras formas de tradición que explicita el Código, un *numerus clausus* y, máxime, cuando en nuestro Derecho las formas de tradición están tan espiritualizadas que la teoría del título y el modo queda reducida, poco menos, que a la nada, y si aún resulta, es porque constituye el caracterizador o significante de los derechos reales para diferenciarlos de los de obligación.

En cualquier caso, el hecho de que el objeto de la compraventa sea o no materialmente poseíble en el momento del otorgamiento de la escritura (por ejemplo, porque la edificación esté en construcción), debe permanecer al margen del debate que rodea la interpretación del artículo 1462 CC, puesto que, cuando el párrafo segundo de este precepto 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, ya que, la escritura pública puede equivaler a la entrega, a 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 una cosa ya ajena al

vendedor, y no como exclusión inequívoca de tal efecto traditorio inherente a la escritura pública.

VI

El derecho de propiedad inmobiliaria se ha caracterizado, tradicionalmente, por su carácter parcelario, esto es, la consideración del suelo como un objeto unitario en el tráfico jurídico y la concentración, en el propietario, de las utilidades edificatorias permitidas. Desde esta óptica, el concepto habitual de la finca material se ha identificado con una extensión de terreno continúo, cerrado por una línea poligonal, que reduce su mensurabilidad material descriptiva a sólo dos dimensiones: la longitud y la anchura; y aunque potencialmente existía una tercera dimensión, la vertical, ésta no era mensurable, en tanto no se edificase.

Sin embargo, el objeto físico de la propiedad ha cambiado, a consecuencia del dinamismo del mercado inmobiliario y el incremento, a veces, prohibitivo del valor de la propiedad sobre inmuebles. De modo que, hoy, se admite, junto a la negociabilidad del suelo, la del subsuelo y la del vuelo separadamente, como espacios cúbicos cuya delimitación fraccionaria es factible. En toda esta evolución, la propiedad horizontal ha significado un importante cambio, ya que, supuso una ruptura revolucionaria de los viejos prejuicios de que el edificio sea accesorio del suelo, y de que en la proyección vertical del suelo no tengan cabida dominios separados.

Así, el Registro de la Propiedad admite, como derecho real, la venta firme de un espacio, comprensivo de un determinado aprovechamiento urbanístico de edificabilidad, del que resulte la posibilidad de construcción de determinados pisos o locales futuros, si los mismos forman parte de una propiedad horizontal ya constituida. De lo anterior se deduce que, siempre que una cosa pueda ser identificada, individualizándola, será apta para ser objeto de publicidad formal o registral, ya que, en los libros registrales se podrán reflejar, perfectamente, los datos necesarios para esta identificación, al mismo tiempo que dichos libros la dotarán de una fuerte garantía de seguridad.

VII

Precisamente, porque se suele restringir el concepto de inmatriculación al de acceso de la finca al registro, mediante su descripción, es por lo que todo aquello que atañe a la misma o a sus características físicas y descriptivas, se considera como una operación

inmatriculadora, carente de relevancia jurídica. Es lo que ha ocurrido con la declaración de obra nueva. Evidentemente, la declaración de obra nueva se integra por aspectos descriptivos o físicos, pero, también y al mismo tiempo, por aspectos jurídicos, sin que puedan admitirse posiciones parciales. Es por ello, que la obra nueva puede ser estudiada desde diferentes sentidos o puntos de vista.

Así, se puede entender como un nuevo objeto jurídico que se integra, como consecuencia de la accesión, en la finca formando parte de ella, con lo que el titular del dominio extiende sus facultades dominicales sobre la misma, lo que significa que extiende su dominio sobre un nuevo objeto, que, de ese modo, por extensión, es adquirido por accesión, en su modalidad de accesión industrial y continúa.

También puede contemplarse como una declaración auténtica del titular registral de la finca, con virtualidad inmatriculadora, dentro de la técnica a que en esta materia responde el sistema registral español. Desde esta óptica, es lógica la discusión sobre la aplicación al supuesto de los principios de tracto sucesivo y consentimiento, puesto que, si bien, la declaración de obra nueva no constituye un negocio jurídico, pues, no existe autorregulación vinculante de los propios intereses, sino mera formalización del acto real de edificación para su acceso al Registro de la propiedad, sin embargo, es necesaria, como paso previo, para posibilitar otros actos o negocios jurídicos posteriores, con el resultado de la aplicación del principio de publicidad a los derechos inscritos sobre el nuevo objeto que se ha hecho constar en el folio registral. En consecuencia, si bien, como mera declaración de voluntad podría considerarse como un acto jurídico de administración, siendo la edificación un acto real cuya formulación se realiza en la declaración, ese acto real como alteración de la cosa requiere la unanimidad de todos los partícipes.

VIII

En cuanto al tratamiento de las nuevas edificaciones y su reflejo registral, a través de la declaración de obra nueva, si se pretende la correspondencia de aquéllas, de su declaración autenticada y de los pronunciamientos registrales, al contenido de los planes de ordenación urbanística, consideramos que, dentro de una técnica lógica de coordinación de las instituciones jurídicas, es natural que se exija la previa autorización administrativa de la edificación y la adecuación de su descripción a la licencia, constituyendo requisitos, tanto para la admisión de la propia declaración auténtica como para su inscripción tabular. De este modo, la licencia de edificación y la certificación expedida por técnico competente surgen, como dos nuevos requisitos, que se unen, a los que, tradicionalmente, se exigían

para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva. Desde este punto de vista, la declaración de obra nueva implica, una vez completado el ciclo de inscripción, una presunción de legalidad.

Para hacer posible dicha finalidad se establece el sistema de la triple concordancia "escritura-proyecto-licencia", que el registrador ha de comprobar en base a las manifestaciones de tres agentes distintos: notario, que redacta la descripción literaria de la obra; Ayuntamiento, que expide la licencia para un proyecto concreto; y el técnico, que, sea o no autor del proyecto, certifica la conformidad entre la descripción literaria contenida en la escritura y el proyecto para el que se obtuvo la correspondiente licencia, y que la obra está, en su caso, terminada.

IX

Si tenemos en cuenta que la declaración de obra nueva, normalmente, es el paso previo para la constitución del régimen de propiedad horizontal, si bien, ambas escrituras e inscripciones no tienen por qué darse simultáneamente, y dado que ni la legislación hipotecaria ni la notarial, especifican la forma y detalle con que ha de hacerse la descripción, aparece la posibilidad de que la escritura de declaración de obra nueva sea muy escueta en su descripción y, posteriormente, en la constitución del régimen de propiedad horizontal, se lleve a cabo una vulneración de la legalidad urbanística.

Para evitar el posible fraude inmobiliario de que nazcan fincas al mundo registral que incumplan la legalidad urbanística es lógico que se exija, *ex*. art. 45 RD 1093/1997, que la declaración de obra nueva contenga, por lo menos, los datos que por su inclusión y subsiguiente control, eviten aquel peligro. Tales datos no pueden ser otros que los de la superficie ocupada por la parcela, el numero de plantas de la edificación total y metros cuadrados edificados. El problema surge con el número de unidades máximo que son susceptibles de pasar a ser fincas independientes en una posible propiedad horizontal, pues, la normativa condiciona este dato al hecho de que en el proyecto aprobado se especifique. Consideramos que, con carácter general, no se puede considerar este requisito como totalmente potestativo, así, no cabe descartar que, por alguna razón urbanística específica, las diferentes normas de planeamiento puedan prever un determinado número o un máximo de elementos privativos en cada edificio, en ciertas zonas densamente pobladas. Pero como esto constituye la excepción, ha de constar, en tal caso, en la correspondiente licencia, como condición de la misma, y en el Registro de la Propiedad, tal limitación resultante del planeamiento.

X

Una vez que ya está inscrita la obra nueva, no se puede autorizar e inscribir en el Registro de la Propiedad ninguna escritura que suponga alteración de lo inscrito sin que, congruentemente, se observen los mismos requisitos que se cumplieron en la obra nueva que ahora se pretende alterar, modificar o rectificar (licencia y certificación técnica).

El problema es que las modificaciones de la obra nueva declarada presentan gran variedad, y ésta ha quedado mal reflejada en la regulación de los requisitos exigidos para autorizar e inscribir tales modificaciones (ex. arts. 45 y 53.a, RD 1093/1997). Y ante este panorama de cierta indefinición normativa, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha estimado que los requisitos legales para autorizar e inscribir declaraciones de obra nueva sólo se exigen a la realización de obras nuevas o, a las modificaciones de las mismas, que supongan incremento del volumen edificado o una alteración de la descripción de la estructura del edificio (nuevas plantas, nueva superficie, construcciones anejas,...), y no a la modificación consistente en redistribución interior de edificios ya inscritos, sin perjuicio, de que pueda exigirse nueva licencia para constituir mayor número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente en una propiedad horizontal, cuando la legislación autonómica aplicable así lo prevea, no bastando la mera exigencia de la norma reglamentaria citada, pues, por su naturaleza y rango, carece de virtualidad para establecer limitaciones a las facultades inherentes al derecho de propiedad (artículos 33 CE y 348 CC).

XI

La nueva Ley de ordenación de la edificación ha articulado un sistema preventivo, que evita la entrada en dicho mercado de aquellas unidades inmobiliarias cuya presumible calidad no se halle respaldada por las correspondientes garantías. Esta labor se atribuye a dos operadores jurídicos, distintos y complementarios, que proporcionan certidumbre a la circulación inmobiliaria: los notarios y los registradores de la propiedad. A uno y a otro se les encomienda una función tuitiva o de control del cumplimiento de la Ley, de modo, que deben abstenerse de su actuación profesional si no se les acredita la constitución de las garantías previstas en el artículo 19 LOE y, en definitiva, la efectividad del cumplimiento de la obligación derivada de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

La fase del proceso constructivo en que ha de ser activada esta función se hace coincidir con la autorización e inscripción, respectivamente, de las escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras, que complementan la previa declaración de la obra declarada en construcción. Estimamos apropiado que no sea el momento en que se procede al otorgamiento de la escritura pública de adquisición de parte de la edificación, el que se subordine a la exigencia de la constitución del seguro, pues, normalmente, la escrituración de la adquisición tiene lugar cuando la vivienda se encuentra terminada, haciéndose coincidir con la entrega de llaves. Así, todo lo que suponga adelantar en el tiempo la acreditación de la constitución del seguro, será mas beneficioso para el adquirente, siendo, incluso, lo normal, que por las necesidades financieras de los promotores se otorgue, previamente, la declaración de obra nueva a que se instrumenten en escritura pública las correspondientes enajenaciones.

A diferencia de lo que ocurre con la licencia urbanística y con el certificado de técnico competente, cuya concurrencia acredita la legalidad de la declaración de obra nueva, no existe una relación semejante entre el seguro y la declaración de obra nueva. La elección de dicho momento radica en que se intenta coordinar la exigencia del seguro con la finalización de la obra, sin embargo, la correspondencia entre ambas situaciones no es perfecta, pues, es la recepción de la obra el momento que la LOE tiene presente como determinante de la entrada en vigor de la cobertura del seguro decenal. Recepción que, si bien, se produce siempre en la realidad extrarregistral, no tiene constancia registral. Así será preciso que, en el momento en que se haga constar documentalmente el fin de la obra, se acredite que se ha producido la recepción de la misma sin reservas, que es la situación que la LOE contempla como inicio de la garantía decenal.

XII

Desde luego, es lo más protector para el adquirente que, antes de escriturar, conste registralmente la finalización de la obra y, consiguientemente, la prestación de las garantías decenales. Sin embargo, cuando se transmitan o graven pisos, estando en el Registro de la Propiedad el edificio en construcción, pero, figurando ya, en la realidad física y en la escritura, como pertenecientes a un edificio terminado, sin constancia registral ni de la finalización de la obra ni de los seguros, consideramos más favorable al comprador y más ajustado a las normas en vigor, rechazar que se pueda producir el cierre registral a los adquirentes de promotores, como sanción por una infracción ajena.

XIII

A pesar del tenor literal del art. 8.4 LH, que para entender registralmente constituida la propiedad horizontal requiere, al menos, un apunte o inicio de realidad representada, en estos casos, según la normativa registral, por la iniciación de la construcción del edificio, consideramos, a todos los efectos, que debe equipararse el edificio en construcción con el edificio proyectado. Tal apreciación descansa en que vemos tanta futuridad, cuando sólo existe solar y un proyecto técnico que ha recibido las autorizaciones técnicas y administrativas, como cuando simplemente se han iniciado las obras. Sin olvidar, que la elaboración y aprobación de un proyecto es una etapa fundamental en el proceso de construcción, más relevante incluso, a escala jurídica, que la colocación, por ejemplo, de la primera piedra que pudiera marcar el comienzo de la construcción material. Además, no podemos desconocer que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, cuanto más anticipadamente accedan al Registro derechos y situaciones de trascendencia real inmobiliaria, mayor protección habrá para los complejos intereses en juego, especialmente, los de quienes adquieren esos futuros pisos y locales.

Esta afirmación se confirma, por una parte, por el artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Suelo y Ordenación Urbana, pues, dado que exige la aportación de licencia y el certificado de técnico competente, como documentos de necesaria aportación para la autorización de la declaración y la inscripción de la obra nueva, está admitiendo las obras proyectadas-definidas. Por otro lado, en el silencio que guarda el legislador, ya que, si hubiera querido que el edificio se hallase en una determinada fase de construcción (más allá de haber obtenido la licencia) para poder acceder al Registro, debería haber exigido al técnico competente que certificara, también, en qué fase se encontraba la construcción del edificio, cosa que no se ha hecho ni en la regulación pormenorizada del RD 1093/1997, de 4 de julio, ni en la posterior Ley del suelo de 1998.

XIV

El otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal por el propietario único sin haber finalizado la construcción del edificio es, en la práctica, lo más frecuente, tanto en su formulación notarial como en su inscripción registral, por no oponerse obstáculos legales que impidan esta modalidad de constitución de la propiedad horizontal, ofreciendo, sin embargo, numerosas ventajas, puesto que, permite dar cobertura jurídica al

proyecto de construcción, como seguridad jurídica e información ante terceros y clara referencia registral, prepara adecuadamente las futuras ventas en serie de los pisos y, llena la necesidad de obtener créditos hipotecarios diferenciados que no compliquen la situación de los futuros propietarios individuales.

El valor que tiene el otorgamiento e inscripción registral del título constitutivo por el único propietario es permitir que quede configurado un régimen inmobiliario determinante de una cualidad jurídica del objeto de propiedad, es decir, produce la formación de una pluralidad de objetos de tráfico, así como, la conexión de elementos privativos y comunes, estructura jurídica que ya no puede alterarse más que en virtud de nuevas manifestaciones de voluntad. Esa transformación del inmueble, que pasa de ser objeto único a una pluralidad de objetos, si bien, no se observa desde su lado interno, sí se advierte desde el exterior como cada piso o local puede ser objeto de una propiedad independiente y es, separadamente, susceptible de embargo.

Por tanto, si bien, en el aspecto del objeto del derecho la propiedad horizontal y su régimen ha emergido ya, sin que pueda hablarse de propiedad ordinaria, por el contrario, en el aspecto organizativo o de colectividad, es decir, en el régimen de los órganos y en el de los derechos y obligaciones, la propiedad horizontal no ha surgido, quedando en una situación jurídica de existencia, pero, pendiente de entrar en funcionamiento hasta completarse definitivamente. De esta forma, cuando existe un solo propietario y el edificio se encuentre en fase de construcción, lo que ocurre, es que no será aplicable la Ley de propiedad horizontal como estatuto jurídico de una comunidad especial existente sobre un edificio construido, pero, sí en todo lo referente al régimen jurídico real del objeto ya multiplicado.

XV

Si bien la Disposición Adicional Primera de la Ley de ordenación de la edificación prevé un seguro que indemnice el “incumplimiento del contrato”, no se está tipificando un nuevo seguro que garantice cualquier incumpliendo, por parte del promotor, de los contratos de compraventa en los que interviene la percepción de cantidades a cuenta del precio, por parte del comprador.

El supuesto de hecho de la garantía es que el promotor no cumpla con su obligación de devolver las cantidades, cuando no entrega la vivienda en el tiempo determinado, es más, se podría decir que ni siquiera se trata de un “incumplimiento contractual”, sino del

incumplimiento de la obligación de devolver que resulta cuando se produce la resolución de una obligación. Es por ello, que el asegurador o avalista no garantizan el cumplimiento de la obligación de entrega, sino el de la no devolución de las cantidades que el promotor debe restituir cuando el adquirente resuelve el contrato por falta de entrega de la vivienda. Garantizan, pues, una obligación dineraria. Ahora bien, debe existir un nexo causal entre el nacimiento de la obligación de devolver los anticipos y el incumplimiento, por parte del promotor-tomador, de la obligación de entrega en los términos previstos en el contrato de venta de vivienda futura.

XVI

Las finalidades que trata de satisfacer la Ley 57/1968, como son garantizar, tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes a la construcción de su vivienda, como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto, merecen elogio, tanto en el momento de su promulgación como hoy, pero, su plasmación en el texto normativo de la LOE es susceptible de mejora. En primer lugar, hubiera sido deseable acometer una reforma profunda de esa Ley, que adecuara sus términos a la realidad social actual y aclarara muchos de sus extremos, que siguen siendo jurisprudencial y doctrinalmente controvertidos. Por otra parte, debería establecerse un mecanismo que asegurase la constitución de los avales o seguros mencionados, pues, hay que desconfiar de que los promotores los realicen, sino existe algún mecanismo que controle el cumplimiento de esta obligación.

Igualmente, sería positivo rodear la cuenta especial de las cautelas necesarias para, sin menoscabar la agilidad que debe presidir la realización de la obras y su financiación, asegurar, de un lado, el ingreso efectivo de las cantidades anticipadas (en efectivo o mediante cambiales) en la cuenta especial; y de otro, el destino de tales cantidades a la financiación de la viviendas. No obstante, lo anterior choca con un cierta resistencia de la práctica bancaria, resultando complicado obtener la cualificación de “cuenta especial”, al considerar éstas peligroso certificar la existencia de tal cuenta, sometida a lo preceptuado en la Ley, puesto que, ello implica asumir una cierta responsabilidad sobre el control de los ingresos, y más aún, del destino de las disposiciones efectuadas sobre dicha cuenta, fiscalización a la que las entidades no están dispuestas, o quizá, no preparadas. A tenor de lo dicho, sería deseable una reacción bancaria dirigida a atender esta cuestión con rigor y profesionalidad, en orden a adquirir confianza en el afianzamiento de este tipo de riesgos.

XVII

El régimen del resarcimiento o de la responsabilidad civil, por los daños producidos como consecuencia de las anomalías constructivas, se ha visto afectado tras la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Este incumplimiento genera, cuasi *erga omnes* (o sea, entre las partes contratantes y también frente a los sucesivos terceros adquirentes), una responsabilidad legal o *ex lege.*

La ventaja que presenta la nueva normativa sobre edificación, aparte de la existencia del seguro obligatorio (art. 19 LOE), frente a los remedios generales que regulan el incumplimiento contractual que tienen el interés del mayor plazo, reside en el mecanismo presuntivo de la causa, dado que la única razón de exoneración incluida en la nueva Ley, independientemente de que no se puedan probar los hechos constitutivos de la responsabilidad, es la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño (art. 17.8 LOE), con lo que parece consagrar una responsabilidad de carácter cuasiobjetivo. De modo, que ni vale para exonerarse la mera ausencia de culpa, ni tampoco que se hayan cumplido todas y cada una de las normas sobre control de calidad de la edificación.

XVIII

En la nueva regulación de los defectos constructivos debe destacarse el estatuto de los defectos de habitabilidad y de acabado. Ante la indeterminación de los conceptos jurídicos para fijar los requisitos de habitabilidad, el legislador se ha visto en la necesidad de establecer un sistema objetivo que permitiera conocer cuándo el uso del edificio puede considerarse satisfactorio, adecuado o aceptable, independientemente de la sensibilidad, tolerancia y demás condiciones personales de cada usuario. Y lo ha hecho fijando como parámetro la normativa administrativa de obligado cumplimiento. En primer lugar, dado que se considera como defecto de habitabilidad el mero incumplimiento de la normativa técnica relativa a estos extremos, se estaría ampliando el ámbito objetivo de aplicación de la llamada ruina funcional, pues, el art. 17.1.b) LOE permitiría exigir responsabilidad respecto a determinados daños que no eran susceptibles de ser resarcidos ni reparados conforme al régimen del artículo 1591 CC. Por otra parte, si bien es cierto que el acatamiento de la normativa técnica relativa a los requisitos de habitabilidad es el primer presupuesto objetivo-funcional que siempre deberá concurrir para que el edificio pueda ser utilizado satisfactoriamente, en la práctica, puede llegar a existir un vicio constructivo que repercuta negativamente en las condiciones de habitabilidad del edificio impidiendo un uso

adecuado del mismo con arreglo a su destino, aun cuando su construcción se hubiese llevado a cabo respetando las normas técnicas de la edificación, daños materiales que serían también resarcibles, en base al art. 3.1.c).4 LOE.

Con la garantía por defectos de ejecución, que afecten a elementos de terminación o acabado, quedan cubiertas las múltiples anomalías que pueden surgir en el desarrollo de la actividad constructiva, concretamente, los defectos que se localizan en la ejecución de los concretos aspectos relativos a su remate, consumación y finalización. Por lo tanto, la incorporación a la LOE de la garantía anual para los defectos de terminación y acabado constituye una medida normativa completamente nueva y, previamente inexistente, que contribuye a ampliar el ámbito objetivo de aplicación del régimen de responsabilidad por vicios constructivos en la edificación, puesto que, se extiende su campo de actuación a todo un conjunto de anomalías que, antes, quedaban excluidas del radio de acción de una garantía decenal limitada al marco de los vicios ruinógenos, la ruina potencial y la ruina funcional, por lo que los compradores y sucesivos adquirentes únicamente podían ejercitar contra el promotor las acciones estrictamente contractuales (vicios aparentes no causantes de ruina) o las acciones del artículo 1484 y ss. CC (vicios ocultos no causantes de ruina).

XIX

La LOE no despeja las dudas acerca de qué sucede cuando los vicios se manifiestan una vez transcurridos sus respectivos plazos. Por ello consideramos, en la medida que los artículos 17 y 18 LOE no alteran el plazo de prescripción de las acciones derivadas del incumplimiento contractual, que seguirá siendo el general de quince años, que puede producirse, en el futuro, un aumento de las acciones derivadas del incumplimiento contractual del promotor, en todos aquellos casos en que se hayan originado daños por defectos constructivos que, o bien, hayan aparecido dentro de los plazos de garantía establecidos por la LOE, pero cuya acción haya prescrito; o bien cuando el defecto estructural, de habitabilidad o acabado se descubra o se revele después de transcurridos sus correspondientes plazos de garantía.

Ciertamente, el cumplimiento del plazo de garantía determina que el perjudicado carece de los mecanismos presuntivos de la causalidad, pero, no excluye que se pueda exigir al promotor la reparación *ex*. art. 1101 CC por los daños derivados del incumplimiento de su obligación como vendedor, ya que, a nuestro juicio, es un hecho incuestionable que la nueva normativa no tiene por finalidad reducir la protección que a los

adquirentes de inmuebles dispensan las normas generales sobre responsabilidad contractual. .

XX

Es un rasgo propio de nuestros ordenamiento, tanto la construcción fragmentada del sistema de remedios orientados a dar satisfacción al interés del comprador, como el reiterado problema de la concurrencia de acciones que se presenta en estos casos. Este problema de acumulación de acciones no desaparece con la nueva normativa en materia de edificación.

Si con el régimen del artículo 1591 CC, en relación con el artículo 1106 CC, se consideraban indemnizables los daños y perjuicios causados por la ruina del edificio, el artículo 17 LOE limita el contenido de la responsabilidad de los agentes que intervienen en la edificación a los daños materiales causados en el edificio. Quedan excluidos de la tutela resarcitoria aquellos daños que no son costes de reparación de la materialidad de la obra, tales como determinados perjuicios económicos integrados en la partida del daño emergente, el lucro cesante por la interrupción del negocio que se desarrolla en el local arruinado y el daño moral de quien ve que su morada está sometida a las contingencias de la defectuosa construcción.

Las consecuencias que se derivan de lo anterior son: la primera, que sólo responden de estos otros daños el deudor contractual (así, el promotor frente al adquirente) y los técnicos no pueden ser condenados frente a los adquirentes finales a indemnizar otro tipo de daños distintos de los materiales directos. La segunda, que será preciso una acumulación de acciones, una fundada en el art. 17 LOE y otra en las reglas de Derecho común. La tercera, que estas reclamaciones están sujetas al plazo general de prescripción del art. 1964 CC, que es siempre más amplio que el dispuesto en el art. 18 LOE.

XXI

El artículo 17.9 LOE termina con un curioso llamamiento, que deja a salvo las responsabilidades que correspondan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, con arreglo a los artículos 1484 y siguientes del Código civil. Parece que el legislador da por supuesto que existe un campo propio para los vicios ocultos, no cubierto por la responsabilidad especial por defectos de la construcción que tipifica, sin embargo, en materia de defectos en

viviendas, la inaplicación de la normativa edilicia por el Tribunal Supremo ha sido completa..

Por nuestra parte, nos parece que la finalidad de esta remisión, únicamente puede encontrar un campo de aplicación en aquellos supuestos en que nos encontremos ante un vendedor que no construyó (ni por sí ni por medio de otros) el edificio, en el que aparecen los vicios ocultos no ruinógenos. Éste es al que el artículo 17.9 LOE, denomina “vendedor de los edificios o partes edificadas”, al que otorga un tratamiento distinto y diferenciado del promotor.

XXII

La regulación del Código civil presta mucha mayor atención a la certeza y a la determinación del precio, que a la del objeto del contrato. Responde con ello a coordenadas que, en nuestros días, se dan con menos frecuencia que en el momento de su publicación y, a una configuración típica del contrato en cuestión que implica la previa existencia de la cosa, en el momento de accederse al acuerdo contractual. Y claro está, cuando la cosa vendida no puede ser analizada por el comprador en el momento de perfeccionamiento del contrato o requiere una cierta utilización de la misma para apreciar sus verdaderas cualidades, la concreta determinación de la cosa vendida adquiere mucha mayor importancia de la que se le otorga a lo largo de los artículos 1445 y siguientes del Código.

Todo lo anterior convierte el proyecto de obra en un elemento fundamental, interpretativo e integrador del contrato de obra, y de los distintos contratos de compraventa que se realicen y tengan por objeto las viviendas todavía en construcción, pues, de otra forma, el cumplimiento del contrato quedaría, totalmente, al arbitrio de una de las partes, algo que prohíbe el articulo 1256 del Código civil. Por ello, cualquier desviación, no consentida respecto al mismo, debe ser enjuiciada en el contexto del incumplimiento del contrato. La contravención a lo pactado, no implica una deficiencia sino una inadecuación a lo que ha sido contractualmente previsto. Es por ello que el adquirente pueda exigir el cumplimiento correcto del contrato, porque no siempre que se incumple es porque exista un vicio de los señalados en la nueva normativa sobre edificación.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL MONEDERO, P. J., "Responsabilidad civil en la construcción: ¿Sigue vigente el artículo 1591 del Código Civil tras la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación?", en *Actualidad civil*, núm. 5, semana del 27 de enero al 2 de febrero de 2003.

ALARCÓN FIDALGO, J., "La Ley de ordenación de la edificación: la responsabilidad civil de los agentes y su aseguramiento. Aspectos procesales", en *Revista Española de Seguros*, núm. 101, enero-marzo 2000, págs.105 y ss.

ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al artículo 609 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VII, vol. 1º, dirigidos por el propio M. Albaladejo, Madrid, 1987, págs. 7 y ss.

-"Comentario al artículo 635 del Código civil", en *Comentario del Código civil, Ministerio de Justicia*, t. I, Madrid, 1991, págs. 1612 y ss.

-*Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *la obligación y el contrato en general*, Bosch, Barcelona, 1997.

-*Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, *los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Bosch, Barcelona, 1997.

-*Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, puesta al día con la colaboración de Fernando REGLERO CAMPOS, 11ª ed., Bosch, Barcelona, 2002.

-*Derecho civil*, t. III, *Derecho de bienes*, vol. 1º, *parte general y derecho de propiedad*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1994.

-"Condición, término y modo", en *Revista de Derecho Notarial*, núm. XVII-XVIII, julio-diciembre 1957, págs. 45-95.

-"La reserva del derecho de sobreedificación (cancelatorio a la sentencia de 10 de mayo de 1999)", en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, págs. 17 a 29.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "Comentario a la STS de 19 de julio de 1993", en *CCJC*, núm. 33, septiembre-diciembre 1993, págs. 933-952.

ALCÁNTARA SAMPELAYO, "La prestación del riesgo en la compraventa", en *RDP*, 1946, págs. 487 y ss.

ALEGRE GONZALEZ, "El título constitutivo de la propiedad horizontal y el principio de tracto sucesivo", en *RDN*, julio-diciembre 1971, págs. 311-329.

ALMAGRO NOSETE, J., "Algunas cuestiones procesales", en *Derecho de la edificación*, coordinador SALA SANCHEZ, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 385-397.

ALONSO CASADO, J., "Permuta (solar por piso futuro)", *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 291, julio-agosto 1992, págs. 1747-1758.

ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972.

-"Comentario a los artículos 353 a 383 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. V, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1990.

-"La propiedad horizontal. Especialidades de su contenido como derecho (notas para una valoración jurídica y sociológica)", en *RDP*, febrero, 1977, págs. 87 y ss.

-"Sobre la esencia de la propiedad horizontal y la vacuidad del artículo 1 de la Ley 8/1999", en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidad de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000, págs. 69 a 88.

ALONSO PÉREZ, M.ª T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.

-"Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 RH: los derechos de sobre y subedificación", en *RCDI*, núm. 665, mayo-junio 2001.

ALONSO PRIETO, L., “Las acciones de saneamiento en la compraventa de edificios”, en *RDP*, marzo 1971, págs. 254 y ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., “El título constitutivo de la propiedad horizontal”, en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, vol. 2, secc. 2ª, 1965, págs. 429 y ss.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988”, en *CCJC*, núm. 18, septiembre-diciembre 1988, págs. 817-826.

ÁLVAREZ MORENO, M. T., “La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido”, en *Aranzadi Civil*, 1995-1, págs. 79-117.

ÁLVAREZ OLALLA, P., *La responsabilidad por defectos en la edificación (el Código civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación)*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., “Comentario a los artículos 1113 al 1124 del Código civil”, en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1991, págs. 74-100.

-“La retroactividad de la condición”, en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, octubre-diciembre 1964, págs. 829-881.

-*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 2003.

AMORÓS GUARDIOLA, M., “El negocio complejo”, en *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, págs. 81 a 96.

-“El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles”, en *RCDI*, 1972, págs. 9-41.

ANDREU MARTÍNEZ, B., “Resolución por retraso en la entrega de vivienda (comentario a la STS de 5 de diciembre de 2002)”, en *RDP*, mayo-junio 2003, págs. 409-419.

ARIJA SOUTULLO, C., *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*, Comares, Granada, 2000.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

-"El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento (consideración a propósito de unas recientes resoluciones)", en *RCDI*, núm. 664, marzo-abril 2001.

ARNÁIZ EGUREN, R., "Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990", en *RCDI*, núm. 607, 1991, págs. 2158-2206.

-Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad, Civitas, Madrid, 1993.

-"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 Hipotecarios 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*, núm. 645, marzo-abril 1998, págs. 365 y ss.

-La inscripción registral de actos urbanísticos. Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

ATARD GONZÁLEZ, R., "Algunas consideraciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario. Ensayo de la construcción sistemática de las titularidades *ob rem*", en *RDP*, 1924, págs. 272-288.

ÁVILA NAVARRO, P., "La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 59 (2ª época), abril 2000, págs.

AVILÉS GARCÍA, J., "Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo", en *Actualidad Civil*, 2000, ref. XLIX.

BADENES GASSET. R., *El contrato de compraventa*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1979.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.

-"La multipropietat com a règim jurídic immobiliari", en *IV Jornades de Dret Catalá a Tossa del 25 al 28 de septiembre de 1986*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

BADOSA COLL, F., y DEL POZO CARRASCOSA, P., "La cessió de finca o d´edificabilitat a canvi de construcció ", en *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 1, 2002, págs. 11-40.

BALLUGERA GÓMEZ, C., "Segregación y división de viviendas", en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 39, 1998, págs. 1505 y ss.

BARASSI, L., *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, traducción y notas de R. García de Haro de Goytisolo y Mario Falcón Carreras, Bosch, Barcelona, 1955.

BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., "La responsabilidad civil de los agentes de la construcción", en *Garantías y responsabilidad en la Ley de ordenación de la edificación*, por SEOANE PRADO, J., BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., y COBO PLATA, J. J., Sepin, Madrid, 2000, págs. 41-78.

BATALLA, M., "La ley sobre propiedad horizontal y el Registro", en *RCDI*, mayo-junio 1961, págs. 651-670.

BATISTA MONTERO-RÍOS, J., "La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir", en *RDP*, marzo 1962, t. XLVI, págs. 189 y ss.

BATLLE VÁZQUEZ, M., "Las casas divididas por pisos y el registro de la propiedad", en *RCDI*, núm. 394-395, marzo-abril 1961, págs. 413 y ss.

BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993.

BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., "La tradición como modo de adquirir la propiedad", en *RDP*, 1967, págs. 103-116.

-"En torno a la condición potestativa", en *RDP*, marzo 1963, págs. 215-225.

BENAVENTE SEGORB, R., "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura", *Revista General del Derecho*, núm. 651, diciembre 1998, págs. 14625 y ss.

BERCÓVITZ ÁLVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio*, Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1971.

- "Comentario a la STS de 9 de mayo de 1983", en *CCJC*, núm. 2, 1983, págs. 595 y ss.

-"Comentario a la STS de 29 de enero de 1983", en *CCJC*, núm. 1, 1983, págs. 125 y ss.

-"La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", en *ADC*, 1969, págs. 777-837.

-"Comentario a la STS de 24 de septiembre de 1986", en *CCJC*, núm. 12, 1986, págs. 3995 y ss.

- "Comentario a la STS de 29 de junio de 1987", en *CCJC*, núm. 14, 1987, págs. 4719 y ss.

-"Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983", (Reserva de dominio. Documento privado. Embargo de bienes inmuebles por acreedor del vendedor. Comprador no legitimado para tercería de dominio), en *CCJC*, núm. 3, septiembre-diciembre 1983, págs. 873-879.

-“Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989”, (Reserva de dominio. Embargo de bienes inmuebles por acreedor vendedor. Tercería de dominio. Legitimación de los compradores para ejercitarla), *CCJC*, núm. 20, abril-agosto 1989, págs. 571-581.

-“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*, realizados por A. y R. BERCOVITZ, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 248 a 261.

-“Comentario a los artículos 1 y 2 de la Ley de propiedad horizontal”, en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, coordinados por el mismo BERCÓVITZ RIDRIGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 19 y ss.

BÉRGAMO LABRÉS, A., “El riesgo en el contrato de compraventa”, en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Conferencias del cursillo del año 1946*, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1947, págs. 157-160.

BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias por A. Martín Pérez, Comares, Granada, 2000.

BIANCA, M. C., “La vendita e la permuta”, en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por *Vasalli, F.*, vol. VII, t. I, UTET, Torino, 1972, págs. 330 y ss.

BIONDI, “Cosa futura”, voz en *Novísimo Digesto*, IV, Turín, 1960.

BLASCO GASCÓ, F., *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

BOLDÓ RODA, C., “Régimen de garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos en la construcción”, en *Revista Española de Seguros*, núm. 103, julio-septiembre 2000.

BONET CORREA, J., “La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir”, *RDN*, núm. XXXIII-XXXIV, julio-diciembre 1961, págs. 247-282.

BONILLA ENCINA, J. F., "Titularidades limitadas. Publicidad registral de las condiciones", en *RCDI*, núm. 490, 1972, págs. 546-581.

BORRELL SOLER, *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1952.

BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE, G., y GARCÍA VARELA, R., "Agentes de la edificación", en *Derecho de la edificación*, coordinador SALA SÁNCHEZ, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 75 y ss.

BUSTOS VALDIVIA, I., *La suspensión del pago del precio en la compraventa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1 999.

CABALLERO LOZANO, J. M.ª, "Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia", en *Actualidad Civil*, 1996-1, referencia XIII, págs. 293 y ss.

CABANILLAS MÚGICA, S., "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamientos de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, págs. 43 y ss.

-"Las prestaciones propias de cada producto o servicio", en *Aranzadi Civil*, 1993-1, págs. 1853-1859.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (comentario a la STS de 1 de abril de 1977)", en *ADC*, 1978, págs. 667 y ss.

-"La recepción de la obra", en *ADC*, 1978, págs. 287-314.

-"La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos (comentario a la STS de 9 marzo de 1981)", en *ADC*, 1982, págs. 878 y ss.

- "La configuración jurisprudencial del promotor como garante", en *ADC*, fasc. I, enero-marzo, 1990, págs. 227-237.

-"La evolución de las responsabilidades en la construcción", en *Centenario del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1990.

-“Comentario a la STS de 17 de julio de 1990”, en *CCJC*, núm. 24, septiembre-diciembre 1990, pág. 934.

-*Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

-“Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, págs. 9-43.

-*La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1994.

-“Comentario a la STS de 17 de septiembre de 1996”, en *CCJC*, núm. 43, 1997, págs. 143 y ss.

-“La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *ADC*, fasc. II, abril-junio 2000, págs. 405 y ss.

-“Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de ordenación de la edificación”, en *RJC*, núm. 2, 2001, págs. 52 a 79.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M.ª, *La protección inmobiliaria del consumidor en la comunidad europea*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.

-“Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico”, en *Ponencias al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, Centro de Estudios Hipotecarios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985.

CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Montecorvo, Madrid, 1976.

-“Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra (según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código civil)”, en *Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra*, (coord. GONZÁLEZ GARCÍA, J.), Jornadas organizadas por la Asociación de Profesores de Derecho civil y el Área de Derecho civil de la Universidad de Jaén, Universidad de Jaén, 1996, págs. 57-129.

-“La responsabilidad de los constructores en la Ley de ordenación de la edificación. Una aproximación a la nueva disciplina”, en *El Consultor Inmobiliario*, noviembre 2000, págs. 3-10.

CALONGE MATELLANES, A., “La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana”, en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. V, octubre-diciembre 1963, págs. 1117 y ss.

-La compraventa civil de cosa futura (desde Roma a la doctrina europea actual), Acta Salmanticensia, serie Derecho, tomo V, núm. 2, Salamanca, 1963.

CALVO SORIANO, A., “La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 2ª, vol. I, Madrid, 1962, págs. 441-495.

-“Tradición y donación”, en *AAMN*, t. III, 1946, págs. 403-443.

CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, en *CCJC*, núm. 46, 1998, págs. 59-74.

CÁMARA AGUILAR, M. P., “El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual”, en *RCDI*, 1998, págs. 1661 y ss.

CÁMARAS OFICIALES DE LA PROPIEDAD URBANA DE LA ZONA DE LEVANTE, *I Simposio sobre propiedad horizontal*, octubre 1972, Valencia.

CAMPOS PRORRATA, A., “El renacido derecho de superficie”, en *AAMN*, tomo XVII, Madrid, 1972, págs. 241 y ss.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Propiedad horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción”, *RDP*, octubre 1966.

-“Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo”, en *RCDI*, núm. 604, mayo-junio 1991, págs. 951 y ss.

CANALS SUÑÉ, A., “Mecánica en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de ordenación de la edificación, e Instrucción de 11 de septiembre de 2000

(BOE, 21 de septiembre), de la DGRN", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 92, enero-febrero 2001, págs. 420 y ss.

CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1962.

CARRASCO BARRANCO, C. y RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., "Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I)", en *La responsabilidad civil en la Ley de ordenación de la edificación*, coords. RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M. y MORENO TORRES, M.ª L., Comares, Granada, 2002.

CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 1101 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XV-1º, dirigidos por ALBALADEJO, Edersa, 1989, págs. 374-444.

-*Ius aedificandi y accesión*, Madrid, 1986.

-"La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual (1990-1992)", en *Aranzadi Civil*, 1993, t. I, págs. 1894 y ss.

-"Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1994", en *CCJC*, núm. 35, abril-agosto 1994, págs. 687-701.

-"Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996", en *CCJC*, núm. 43, enero-marzo 1997, págs. 61-73.

-"Comentario al artículo 19 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 355-444.

-"Comentario al artículo 20 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 445 y ss.

-"Comentario a la disposición Adicional Primera de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 469-500.

-“La jurisprudencia post-loe ¿ha cambiado algo en el régimen de la responsabilidad por ruina?”, *Aranzadi Civil*, núm. 21, marzo 2002, págs. 15 y ss.

-“La insistencia recurrente de un falso problema: ¿está derogado el art. 1591 del Código Civil?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 454, correspondiente al día 28 septiembre, 2000, págs. 1-6.

-“Comentario a la STS de 22 de junio de 2001” (arrendamiento de obra, responsabilidad por vicios constructivos, ruina, pavimento antiestético, legitimación pasiva, como promotor, de la Comunidad autónoma subrogada en las obligaciones que correspondían al Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda), en *CCJC*, núm. 58, enero-marzo 2002, págs. 259-270.

-“Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2003 (RJ 2606)”, en *CCJC*, núm. 62, mayo-septiembre 2003, págs. 695-710.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3ª ed., Dilex, Madrid, 2000.

-*Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, págs. 125-146.

CASAS VALLÉS, R., “La reserva de dominio en la venta de inmuebles”, en *RJC*, 1986, págs. 605 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. 1º, 12ª reimpr., Madrid, 1984.

CASTILLA BAREA, M., “La determinación de la falta de conformidad del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (I Parte)”, en *Aranzadi Civil*, núm. 17, enero 2003, págs. 15-39.

"La determinación de la falta de conformidad del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (II Parte)", en *Aranzadi Civil*, núm. 18, enero 2003, págs. 15-46.

CASTRO BOBILLO, J. L., "Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Actualidad Civil*, núm. 12, del 19 al 25 de marzo de 2001.

-"Comentario del artículo 2 LOE", en *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, dirigidos por Luciano PAREJO ALFONSO, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 60-77.

CASTRO LUCINI, F., "Los negocios jurídicos atípicos", en *Revista de Derecho Notarial*, núms. LXXXV-LXXXVI, julio-diciembre 1974, págs. 9 y ss.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., "Multipropiedad: constitución e inscripción registral en el nuevo aprovechamiento por turno", en *Actualidad Civil*, 1999, referencia LXX.

CHAMORRO POSADA, M., "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 182, diciembre 2000, págs. 149-165.

CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I y II, 4ª edición actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000.

- "Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996", en *RCDI*, núm.638, enero-febrero 1997, págs. 177 a 188.

-"La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad", en *Ponencias y Comunicaciones al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1978.

CLEMENTE MEORO, M. E., *El acreedor de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

-"Régimen jurídico del arrendamiento urbano con opción de compra", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Valencia, 1995.

-*La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y el Derecho español)*, Valencia, 1992.

COCA PAYERAS, M., "Comentario a los artículos 431 y 432 del Código civil", en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, tomo I, Madrid, 1991, págs. 1164-1170.

COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, tomo 4º, *Contratos usuales*, con notas de Demófilo DE BUEN, 3ª ed. revisada por F. Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1981.

-*Curso elemental de Derecho civil*, tomo 2º, vol. IV, *De los bienes y derechos reales principales*, con notas de Demófilo DE BUEN, 4ª ed. revisada por Pascual Marín Pérez y Justo José Gómez Isabel, Reus, Madrid, 1984.

COLINA GAREA, R., "La determinación del daño resarcible en la Ley de Ordenación de la Edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación", en *RDP*, septiembre-octubre 2003, págs. 565-629.

CONCHEIRO DEL RÍO, J., "La propiedad separada del suelo y del subsuelo", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 93, junio 2003, págs. 1507-1531.

CORDERO LOBATO, E., "Comentario a la STS de 3 de octubre de 1996", en *CCJC*, núm. 43, 1997, págs. 229 y ss.

-"Comentario del artículo 9 LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 193 a 209.

-"Comentario al artículo 17 LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 293-349.

CORRAL GARCÍA, E., *La oferta de contrato al público*, Valencia, 2002.

-"La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", en *Actualidad Civil*, 2000, referencia LVIII.

CORVINOS BASECA, P., “La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 165, 1998, págs. 13-50.

COSSÍO Y CORRAL, “Los riesgos en la compraventa civil y mercantil”, en *RDP*, 1944, págs. 361 y ss.

CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996.

-“Tradición instrumental y posesión del *tradens* (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1995. Caso del Castillo de Calatrava)”, en *RJDN*, octubre-diciembre 1995, págs. 313-340.

CUENCA ANAYA, F., “El consumidor de bienes inmuebles”, en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VI, Edersa, Madrid, págs. 11-33.

-“Cláusulas abusivas en ventas empresariales de viviendas”, en *Actualidad Civil*, núm. 12, 26 de marzo de 1995, págs. 239-246.

CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A., “El art. 8 LCU en la jurisprudencia”, en *Aranzadi Civil*, 1996-II, págs. 129-148.

CUESTA RUTE, J. M., “Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador”, *La Ley*, 1982-4, pág. 324 y ss.

CURIEL LLORENTE, F., “Comentario del artículo 7 de la Ley hipotecaria”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 3º, (artículos 1 al 17 LH), dirigidos por Albaladejo, Edersa, Madrid, 1999, págs. 368 y ss.

DAGOT, Michel, *La vente d´immeuble à construire*, Litec, París, 1983.

DELGADO TRUYOLS, A., *La propiedad horizontal: su régimen jurídico. El desarrollo moderno de los complejos inmobiliarios*, publicado en la colección Cuadernos notariales núm. 4, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1998.

DE CASTRO Y BRAVO, "El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática", en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, octubre-diciembre 1976, págs. 1141-1156.

-*El negocio jurídico*, 1985.

DE FRANCO PAZ, F., *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Aranzadi, Navarra, 2001.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A., "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1969, págs. 145 y ss.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Civil (Estudios sobre la Propiedad Horizontal)*, Montecorvo, Madrid, 1985.

-"Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal", en *Curso de conferencias sobre la propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Centro de Estudios Hipotecarios, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1973, págs. 33 y ss.

-"La revocación del mandato y del poder", en *AAMN*, 1948, pág. 555 y ss.

DE LA CÁMARA MINGO, F., y LÓPEZ MORA, L. M., "Los contratos relacionados con la construcción", en *Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, tomo IV, dirigido por Alfonso García-Gallo y Luis López Ortiz, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, Madrid, 1964.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., "La tradición en la transmisión de los derechos reales", en *Revista de Derecho Español y Americano*, 1964, págs. 29-57.

DE LA HAZA DÍAZ, P., "La oferta publicitaria de los viajes combinados (I)", en *Estudios sobre consumo*, núm. 47, 1998, págs. 13 y ss.

DE LA ROSA DÍAZ, *La permuta, desde Roma al Derecho español actual*, Montecorvo, Madrid, 1976.

DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993.

-"Crisis del principio de abstracción", en *ADC*, t. XXV, 1972, págs.1077 y ss.

DE ROVIRA MOLA, A., Voz "Contrato complejo", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, vol. V, Barcelona, 1976, págs. 374 y ss.

- Voz "Condición", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, vol. IV, Barcelona, 1981, págs. 864 y ss

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "Crónica jurisprudencial sobre las acciones edilicias", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 2000, págs. 475-488.

-"Compraventa de bienes inmuebles sujetos a vínculos urbanísticos (comentario a STS 23 octubre 1997)", en *Revista Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 267 y ss.

-"Remedios jurídicos con que cuenta el comprador de un inmueble afectado por limitaciones urbanísticas", en *Actualidad Civil*, referencia LX, 1999.

DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (aspectos administrativos, civiles y penales). Adaptado a la LOE*, Comares, Granada, 2000.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D., *El negocio jurídico "per relationem" en el Código civil*, 2ª ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1994.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad Horizontal y Registro de la Propiedad: título constitutivo y responsabilidad patrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

-*Propiedad horizontal. El titulo constitutivo y su impugnación judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

-"Comentario a la Disposición adicional única de la Ley 8/1999", en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, BERCÓVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 765 a 860.

-*La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Aspectos civiles y registrales,* Aranzadi, Pamplona, 2001.

DÍEZ GÓMEZ, A., "Sobre el concepto de finca", en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 52, abril-junio 1966, págs. 71-117.

DÍEZ PASTOR, J. L., "En torno a la definición formal de los derechos reales", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* tomo XIV, Conmemorativo del Centenario de la Ley Hipotecaria (1861-1961), Madrid, 1965, págs. 270 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.

-*Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO, L., "La llamada prehorizontalidad y su proyección registral", en *Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1978, págs. 137-146.

- "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", en *ADC*, fasc. II, 1966, págs. 555-573.

-*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Madrid, 1981.

-"Posesión y contrato de obra", en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez,* Edersa, Madrid, 1978, págs. 245-261.

-*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, (Introducción. Teoría del contrato)*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993.

-*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial (Las relaciones obligatorias)*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996.

-*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial (Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad, la posesión)*, tomo III, Civitas, Madrid, 1995.

-“Ley de Edificación y Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. I, enero-marzo 2000, págs. 5-21.

DORAL GARCÍA, J. A., “El servidor de la posesión”, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. V, 1969, págs. 209 y ss.

DORREGO DE CARLOS, A., “Comentario al artículo 2 LPH”, en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal, Ley 8/1999, de 6 de abril*, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, págs. 53-86.

DUQUE, J., “La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios de Consumo*, núm. 3, diciembre 1984, págs. 51-81.

ECHEVERRIA SUMMERS, F. M., *El estatuto de la propiedad horizontal*, Comares, Granada, 2000.

-“Comentario del artículo 5 LPH”, en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, BERCÓVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999, págs.107-136.

-“Comentario del artículo 8 LPH”, en *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*, BERCÓVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 211-227.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., “Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la sentencia de 19 de mayo de 1989)”, en *RCDI*, 1991, págs. 9 y ss.

ENNECCERUS, L., KIPP, TH. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II primera parte, Barcelona, 3ª ed., 1966.

ESCOLANO NAVARRO, J. J., “Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 35, julio-septiembre 2000, págs. 197 y ss.

ESPÍN CANOVAS, D., “La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español”, en *Revista de Derecho Privado*, junio 1945, págs. 349-358.

-“Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales”, en *RGLJ*, 1967, págs. 913-940.

-*Manual de Derecho civil español*, vol. III, *Obligaciones y contratos*, 6ª ed., Edersa, Madrid, 1983.

-*Manual de Derecho civil español*, vol. II, *Derechos reales*, 6ª ed., Edersa, Madrid, 1981.

FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ ARROYO, “Comentario a la STS de 3 de marzo de 1994”, en *CCJC*, núm. 35, 1994, págs. 664 y ss.

FERNÁNDEZ CABALEIRO, E., “Comentario a las Resoluciones de la DGRN de 20 y 21 de febrero de 1969”, en *RCDI*, núm. 474, 1969, págs. 1313-1318.

FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1976.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., “¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?”, en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. I, enero-marzo 1978, págs. 3-36.

-*Código de propiedad horizontal, (comentarios y formularios)*, con la colaboración de CUEVAS CASTAÑO, J., tomo I y II, Edersa, Madrid, 1997.

FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., “La compraventa de cosa futura”, en *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. XXI, Madrid, 1993, págs. 45-124.

FERRANDO NICOLAU, E., “La cosa futura como objeto del derecho real”, en *Revista General de Derecho*, núm. 676-677, enero-febrero 2001, págs. 37-65.

FIGUEIRAS DACAL, M., *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad. Síntesis de su explicación teórica y de su aplicación práctica*, Dijusa, Madrid, 2001.

-“La disociación jurídica del dominio y el pluridominio”, *RCDI*, núm. 672, julio-agosto 2002, págs. 1239 y ss.

FISAC DE RON, M.ª P., *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

FONCILLAS, J. M., “El *ius ad rem* en el Derecho civil moderno”, en *RCDI*, 1933, págs. 253 y ss.

FONT BOIX, V., “La propiedad inmobiliaria urbana en el mundo actual: adquisición, protección y limitaciones”, (XII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1973), en *Ponencias presentadas a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1975, págs. 701-874.

FONT GALÁN, “La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho Privado contra la publicidad engañosa”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1988-4, págs. 20 y ss.

FRANCOS AVELLANAL, E., “Contratos complejos. Notas para su estudio doctrinal y jurisprudencial”, en *Actualidad Civil*, XXII, 22/31 mayo-6 junio, 1993, págs. 361 y ss.

FUBINI, R., “Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)”, en *RDP*, 1931, págs. 1-17.

FUENTES LOJO, J. V., *La Ley de propiedad horizontal, después de la reforma de 6 de abril de 1999*, tomo I y II, Bosch, Barcelona, 2000.

-“Necesidad de una nueva Ley sobre Propiedad Horizontal”, en *La Ley*, 1986-4, págs. 1060 y ss.

FUENTESECA, C., *La condición potestativa*, Dykinson, Madrid, 1999.

FUENTESECA DEGENEFFE, C., “La ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga el contenido del artículo 1591 del Código Civil a partir del 6 de mayo del 2000”, en *Actualidad Civil*, referencia XX, 2000.

GABBA, P., *La contratazione sui beni futuri nel Diritto civile italiano*, Lapi, Città di Castello, 1902.

GALVÁN GALLEGOS, A., "Imposibilidad de la reserva por el promotor del derecho de vuelo sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999)", en *Actualidad Civil*, 1999, referencia LXXV.

GALGANO, F., *El negocio jurídico* (traducción por BLASCO GASCÓ, F. P. y PRATS ALBENTOSA, L.), Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

GARCÍA AMIGO, M., *Lecciones de Derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C., "La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción", (Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, Buenos Aires, 1972), en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1974, págs. 303-312.

-"La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 551, julio-agosto 1982, págs. 925-949.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., "Piso futuro y viviendas acogidas", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, págs. 731-750.

-"Escritura pública, tradición instrumental e inscripción registral", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 39, julio-septiembre 2001, págs. 55-135.

GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1445 al 1541 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1980.

-"La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código civil", en *ADC*, fasc. V, octubre-diciembre, 1963, págs. 1053 y ss.

-"La finca como objeto de derecho real", en *RCDI*, 1966, págs. 281-307.

GARCÍA CONESA, A., "El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio 2001.

-"Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 8/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 57, febrero 2000, págs. 343-352.

-"Comentario a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación", en *RJC*, núm. 2, 2001, págs. 34 y ss

-*Derecho de la construcción*, Bosch, Barcelona, 1996.

GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 8 de la Ley Hipotecaria", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1999, págs. 394 a 521.

-*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988.

-*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, Civitas, Madrid, 1993.

-*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, tomo III, Civitas, Madrid, 2002.

-*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Urbanismo y Registro*, tomo V, Civitas, Madrid, 1999.

-"Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996", en *RCDI*, núm. 640, mayo-junio 1997, págs. 1130 y ss.

-"¿Transmisión de pisos en construcción o terminados? Dos posibles interpretaciones del artículo 51 del Reglamento de 4 de julio de 1997", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 41, octubre 1998, págs. 2495 a 2501.

-"Adiós al artículo 51 del Reglamento de inscripción de actos de naturaleza urbanística", *Lunes cuatro treinta*, núm. 292, diciembre 2000, págs. 19-20.

-“La finca como base del sistema inmobiliario”, en *RCDI*, núm. 625, noviembre-diciembre 1994, págs. 2437-2495.

-“Teoría general de los bienes y de las cosas”, en *RCDI*, núm. 676, marzo-abril 2003, págs. 919-1031.

GARCÍA GARCÍA, J. M. y DÍAZ FRAILE, J. M.ª, “El tráfico jurídico-registral sobre los inmuebles en construcción. Crítica de la Resolución de la DGRN de 21 de marzo de 1997”, en *RCDI*, núm. 641, julio-agosto 1997, págs. 1449 y ss.

GARCÍA GARNICA, M.ª C., *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

GARCÍA GIL, F. J., *La compraventa de vivienda*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 1999.

GARCÍA MÁS, F. J., y MARTÍN VIDAL, J. A., “Breves comentarios a la Ley 38/19999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación”, en *RCDI*, núm. 664, marzo-abril 2001.

GARCÍA MÁS, F. J., “Urbanismo: comentario al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución dela LH sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial obras nuevas y reparcelaciones)”, en *RCDI*, núm. 645, marzo-abril 1998, págs. 317 a 352.

GARCÍA VALLÉS, R., “El problema de las garantías en los contratos de compraventa de fincas a plazos”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972, págs. 143-148.

GARRIDO PALMA, V. M., “¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie”, en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1969, págs. 91-164.

GAYOSO ARIAS, R., *Nociones de Legislación Hipotecaria*, tomo I y II, Madrid, 1918.

-“Cuestiones sobre el contrato de compraventa”, en *Revista de Derecho Privado*, 1921, págs. 218-230.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Comentario a los artículos 1271, 1272 y 1273 del Código civil", en *Comentarios del Código civil, Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1991, págs. 473-478.

-"Una primera lectura de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca o d`edificabilitat a canvi de construcció futura", en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 105, marzo-abril 2003, págs. 203-220.

GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991.

-*Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

-"El vendedor desposeído y el artículo 1462 del Código civil", en *RCDI*, núm. 677, mayo-junio 2003, págs.1463-1536.

GÓMEZ CALLE, E., "Otorgamiento y modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal por el propietario único del edificio (comentario a la STS 30 de marzo 1999)", en *Revista Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000-1, págs. 323 y ss.

-"La significación del título constitutivo en el régimen de la Propiedad Horizontal", en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, octubre-diciembre 1992, págs. 1533-1589.

-*Los deberes precontractuales de información*, Ed. La Ley, Madrid, 1996.

-*El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción (estudio del artículo 1591 del Código civil y su problemática actual)*, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1994.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, tomo I, Madrid, 1862.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado", en *RCDI*, núm. 613, 1992, págs. 2463-2494.

-"Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996", en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 69, 1996, págs. 171 a 177.

-"El principio de especialidad registral", en *RCDI*, núm. 625, noviembre-diciembre 1994, págs. 2389 y ss.

-"Comentario al artículo 8 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal, Ley 8/1999, de 6 de abril*, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, págs. 273-291.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de Derecho hipotecario*, Marcial Pons, Barcelona, 2000

GÓMEZ GÓMEZ, M., "Inscripción y tradición", en *RCDI*, 1958.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Navarra, 1999.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., "Comentario a la STS de 14 de octubre de 1991", en *CCJC*, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, págs. 1001 y ss.

GONZÁLEZ CARRASCO, C., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1997", (propiedad de inmuebles en fase de construcción, traditio ficta, prehorizontalidad), *CCJC*, núm. 46, enero-marzo 1998, págs. 269 y ss.

-"Comentario del artículo 3 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 77-106.

-"Comentario del artículo 4 de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 107-124.

-"Comentario de la Disposición Derogatoria 1ª de la LOE", en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, realizados por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 591 a 600.

-"Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999" (derecho de elevación, constitución por el promotor, compatibilidad con régimen de PH, naturaleza jurídica de las reservas de modificación del título constitutivo, jerarquía normativa), *CCJC*, núm. 51, septiembre-diciembre 1999, págs. 1081-1093.

GONZÁLEZ CUSSAC, "Apropiación indebida y percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", en *RGD*, 1995, págs. 151 y ss.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., *La facultad de exclusión del propietario*, Universidad de Granada, 1986.

GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., "Control notarial y registral en edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 62, julio-agosto 2000.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo I y II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.

-*El derecho real de superficie*, editado por Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1922.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000.

-"La declaración de obra nueva en la nueva Ley de régimen del suelo", en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs.1127-1150.

GÓNZALEZ POVEDA, P., "Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación", en *Derecho de la edificación*, coordinador SALA SANCHEZ, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 235 y ss.

GONZÁLEZ TAUSZ, R., "El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación", en *RCDI*, núm. 661, septiembre-octubre 2000, págs. 2691 y ss.

GORDILLO CAÑAS, A., "Servidor de la posesión e interdictos: datos para un replanteamiento crítico del tema", en *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, págs. 271 y ss.

-"El objeto de la publicidad registral en nuestro sistema inmobiliario registral", en *ADC*, fasc. II, 1998, pág. 496 y ss.

GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972.

HEDEMANN, J. W., *Tratado de Derecho Civil,* vol. II, *Derechos reales*, traducido por DÍEZ PASTOR, J. L., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

HERNÁNDEZ CRESPO, C. M., "La accesión invertida", *RCDI*, núm. 491, 1972, págs. 729-765.

HERNÁNDEZ DE MARCO, S. y FERNÁNDEZ VERDUGO, M., "El artículo 37.2 del RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: la declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad", en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. III, julio-septiembre 1993, págs. 1401 y ss.

HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión. Obras completas*, tomo II, Espasa Calpe, Madrid, 1987.

HERMIDA LINARES, "La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles", en *RCDI*, 1966.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª D., "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1995", en *CCJC*, núm. 39, 1995, págs. 1178 y ss.

-"Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 21, 1996, págs. 229-240.

-“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 *RDP*, mayo 2001, págs. 369-408.

HERRADA ROMERO, R. I., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 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), en *CCJC*, núm. 35, abril-agosto 1994, págs. 463-476.

HERRERA CATENA, J., “Legitimación (activa y pasiva) al ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1591 y 1909 del CC”, en *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, núms. 78-79, Granada, 1969, págs. 9 y ss.

-*Responsabilidades en la construcción*, vol. I, Granada, 1983.

HERRERO GARCÍA, M.ª J., “Comentario al artículo 1273 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, págs. 470 y ss.

IGLESIAS CUBRÍA, M., *Los derechos patrimoniales eventuales (estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)*, Librería Ojanguren, Oviedo, 1961.

INFORME ELABORADO POR COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, para la Ponencia Especial de Transacciones Inmobiliarias del Congreso de los Diputados, el 27 de abril de 1989, sobre “El fraude inmobiliario”, en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 260, octubre, 1989, págs. 2087-2134.

IZQUIERDO ASENSIO, R., “El fraude inmobiliario y el Registro de la Propiedad”, en *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ CLAR, A. J., “El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 2001-1, págs. 19 a 69.

JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

JIMÉNEZ LINARES, M.ª J., *El derecho al aprovechamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

JIMÉNEZ MORAGO, J. T., "Particularidades sobre la Ley de ordenación de la edificación. ¿Subsiste el artículo 1591 CC?", en *La Ley*, jueves 4 de octubre, 2001, págs. 7 y ss.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., (coordinador), *Derecho mercantil*, 7ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2002.

JORDANO BAREA, J. B., "Contratos mixtos y unión de contratos (comentario a la STS de 27 de febrero de 1951)", en *ADC*, 1951, págs. 321-339.

JORDANO FRAGA, F., "Prehorizontalidad y servidumbre de propietario", en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1981.

KLECKER ALONSO DE CELADA, A., "Sistema español relativo a transacciones inmobiliarias: hacía la máxima seguridad jurídica. Superación de las críticas del Informe MCMILLAN SCOTT", en *Gaceta Jurídica de la CEE. Boletín*, núm. 101, febrero-marzo 1995, págs. 17-23.

LACABA SÁNCHEZ, J. J., "La Ley de ordenación de la edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1591 del Código civil", en *La Ley*, núm. 4974, 2000-1, D-16.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil* I. *Parte general*, vol. III, *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, (nueva edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRIA, J.), Dykinson, Madrid, 1999.

-*Elementos de Derecho civil* II. *Derecho de obligaciones*, vol. I, *parte general. Teoría general del contrato*, (edición revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ, F.), Dykinson, Madrid, 2000.

-*Elementos de Derecho civil* II. *Derecho de obligaciones*, vol. II, *contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos*, (edición revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ, F.), Dykinson, Madrid, 1999.

-*Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. I, *Posesión y propiedad*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.

-*Elementos de Derecho civil*, III bis), *Derecho inmobiliario registral*, (edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRIA y RAMS ALBESA), Dykinson, Madrid, 2001.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", en *RDP*, 1973, págs. 381 y ss.;

-"La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil", en *RCDI*, núm. 671, mayo-junio, 2002, pág. 871 y ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, tomo 3º, *Contratos*, 5ª ed., Trivium, Madrid, 1999.

-"Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la STS de 27 de enero de 1977)", en *RDP*, 1980, págs. 50 y ss.

-"Comentario a los artículos 1125 al 1130 del Código civil", en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1991, págs. 100-111.

LASO MARTÍNEZ, J. L., "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*, núm. 601, noviembre-diciembre 1990, págs. 521 y ss.

LEPRI, A., *La compravendita immobiliare*, Giuffrè, Milano, 1993.

LETE DEL RÍO, J. M., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1995 ", en *CCJC*, núm. 40, enero-marzo 1996, págs. 393-405.

LLÁCER MATACÁS, M.ª R., *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992.

LLAMAS POMBO, E., "Comentario de los artículos 1101 al 1110 CC", en *Jurisprudencia Civil Comentada*, *Código Civil*, t. II, dirigido por PASQUAU LIAÑO, Comares, Granada, 2000, pág. 1811-1869.

LOBATO GÓMEZ, J. M., *Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción*, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 66, Madrid, 1994.

-"Estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y resultado", en *ADC*, fasc. II, 1992, págs. 651-734.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., "Apuntes de Jurisprudencia Registral (sobre la Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado con especial incidencia en materia urbanística)", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 204, septiembre 2003, págs. 71 y ss.

-"Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística", en *ADC*, fasc. III, julio-septiembre 1997, págs. 1301-1364.

LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994.

-*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, págs. 957 a 966.

LÓPEZ FRÍAS, M.ª J., "La intervención de los compradores de viviendas por documento privado en el otorgamiento o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Comentario a la STS de 18 de julio de 1997", en *RDP*, julio-agosto 1999, págs. 565 a 572.

LÓPEZ PELLICER, *Los proyectos de obras municipales. Tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1975.

LÓPEZ SÁNCHEZ, "Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor", en *Estudios sobre consumo*, núm. 16, 1989, págs. 73 y ss.

LOSCERTALES FUERTES, D., "Nacimiento y constitución de la propiedad horizontal", en *Revista Jurídica SEPIN*, núm. 64, noviembre 1996, págs. 42 y ss.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., "La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1967, págs. 277-327.

-"Comentario al artículo 1591 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XX, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1986, págs. 273-368.

-"Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1970", en *ADC*, fasc. I, 1971, págs. 235 y ss.

LUCINI CASALES, "Comentario a la STS de 18 de junio de 1970", en *ADC*, julio-septiembre 1971, págs. 1073 y ss.

-"El principio de la relatividad del contrato y sus excepciones; eficacia del aplazamiento de pago de precio no garantizado especialmente y otras cuestiones (comentario a la STS de 25 de abril de 1975)", en *ADC*, fasc. I, enero-marzo 1977, págs. 237 y ss.

MACHADO CARPENTER, J., "Servidumbre en beneficio de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir", en *Estudios de Derecho Privado***,** I, dirigidos por De la Esperanza Martínez-Radio, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, págs. 402 y ss.

MADRID PARRA, A., "La cabida en la compraventa de bienes inmuebles", en *RCDI*, núm. 554, enero-febrero 1983, págs. 59-128.

MAGNIN, "Vente d´immeuble à construire", en *Jurisclasseur civil* (arts. 1601-1 a 1601-4), 2001, págs. 7 y ss.

MALINVAUD, Ph. y GESTAZ, Ph., *Droit de la promotion immobilière*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1995.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., "Protección de la edificación y protección del consumidor: la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre la vivienda", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, págs. 69 y ss.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil*, tomo VIII, vol. 2º, 6ª ed., revisada por Miguel Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1967.

-*Comentarios al Código civil*, tomo X, vol. 1º, 6ª ed., revisada por José Bloch, Reus, Madrid, 1969.

MANRIQUE PLAZA, J., "Construcción en comunidad", conferencia en homenaje a don Ángel Olavarría Téllez, *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VI, Edersa, 1992.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª M., *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *La figura del promotor en la Ley de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

MARÍN LÓPEZ, J. J., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1998", (cantidades anticipadas en la construcción de viviendas; la Ley 57/1968, proyecto de Ley de ordenación de la edificación, falta de constitución por el constructor de la cuenta especial), en *CCJC*, núm. 50, abril-agosto 1999, págs. 745-780.

MARÍN PÉREZ, P., "El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título y el modo", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 246, noviembre 1948, págs. 665-697.

MARTÍ FERRER, M., "La Ley de ordenación de la edificación: el punto de vista del promotor", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 177, abril-mayo 2000, págs. 67 y ss.

MARTÍN PÉREZ, J. J., "Comentario a la Disposición adicional única de la LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal, Ley 8/1999, de 6 de abril*, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, págs. 846-895.

MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, L., "Cumplimiento defectuoso de la prestación", en *RCDI*, núm. 517, 1976, págs. 1335-1395.

MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., "El ius ad rem", en *Revista de Derecho Privado*, enero 1988, págs. 3-16.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa", en *Aranzadi Civil*, 1993, t. I, págs. 1903 y ss.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., "Requisitos para la escrituración e inscripción", en *Derecho de la edificación*, coordinador SALA SANCHEZ, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 330 y ss.

MARTÍNEZ MAS, F., *La recepción en el contrato de obra*, Dykinson, Madrid, 1998.

-*El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, Ciss Praxis, Barcelona, 2000.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario a la reforma hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998)*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 8, Navarra, 2002.

-"Problemas derivados de la adquisición de viviendas en construcción (comentario STS 17 de febrero 1998)", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999-1, págs. 343 y ss.

-"La protección de adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: caracteres y efectos de la Vomerkung", en *RCDI*, núm. 657, enero 2000, págs. 665-718.

-"El cambio de la situación urbanística de los inmuebles", en *RCDI*, núm. 675, enero-febrero 2003, págs. 55 y ss.

MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Les biens*, Paris, 1995.

MAYOR DEL HOYO, M.ª V., "Acerca del régimen jurídico de los espacios comprendidos entre el último piso y la cubierta" en *Actualidad Civil*, 2000, referencia XXXVIII.

MAZEAUD, H., L., J., y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 2º, *Biens: droit de proprieté et ses démembrements,* 7ª ed., Montchrestien, Paris, 1989.

MEDINA DE LEMUS, M., *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, Tecnos, Madrid, 1989.

-"Retornos al título constitutivo de la Propiedad Horizontal", en *RCDI*, núm. 657, enero 2000, págs.1121-1183.

MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J., *¿Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 83, Madrid, 1994.

MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Navarra, 1998.

MERCHÁN GABALDÓN, F., *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación*, CIE DOSSAT 2000, Madrid, 2000.

-*Guía práctica para el comprador y el usuario de viviendas*, CIE DOSSAT 2000, Madrid, 2000.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978.

MESA MARRERO, C., "El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos", en *Aranzadi Civil*, núm. 13, noviembre 2001.

MESSINEO, F., *Il contratto in genere. Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por A. CICU y F. MESSINEO, vol. XXI, t. 2, Milano, 1972.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa", en *Revista de Derecho Privado*, junio 2000, págs.

-"El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana", en *RCDI*, núm. 672, julio-agosto 2002, págs. 1433 y ss.

-“Cláusulas reprobables en la contratación inmobiliaria y crediticia de adhesión relativa a viviendas”, en *Actualidad Civil*, núm. 13, 27 marzo/2 abril 1995, págs. 247-262.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.ª D., *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.

-“El artículo 1591 CC ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Aranzadi Civil*, 1999-III, págs. 2301-2322.

MICÓ GINER, J., CABANAS TEJERO, R., y JUÁREZ, M. J., “La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura”, en *La Notaría*, núm. 6, 2002, págs. 15-46.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al artículo 609 del Código civil”, en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, tomo I, Madrid, 1991, págs. 1543-1551.

-“Comentario al artículo 396 del Código civil”, en *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, tomo I, Madrid, 1991, págs. 1081 y ss.

-“El Registro de la Propiedad y la adquisición de la propiedad”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 45 y ss.

MIRANDA CABRERA, A., *Manual del promotor inmobiliario*, Comares, Granada, 1999.

MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975.

MOLTÓ GARCÍA, J. I., *Los agentes de la edificación (en la Ley 38/1999)*, Montecorvo, Madrid, 2000.

MONDÉJAR PEÑA, M.ª I., “Embargo de vivienda en construcción. Improcedente ejercicio de una tercería de dominio por el comprador sobre plano. Comentario a la STS de 18 de febrero de 2002 (RJ 3511)”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003-1, págs. 361-369.

MONEDERO GIL, F., “Presupuestos y origen de la propiedad horizontal: aportación de solar, *actio communi dividundo*, contrato de ejecución de obras”, en *Pretor*, núm. 21, mayo-junio 1964, págs. 357 y ss.

MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Conferencia pronunciada en Ilustre Colegio Notarial de Valencia el 8 de junio 1963, Valencia, 1967.

-“Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de propiedad horizontal”, en *Estudios de Derecho notarial publicados en el Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Sección segunda, Madrid, 1962, págs. 273 y ss.

MONFORT FERRERO, M.ª J., “Adquisición de la propiedad en el contrato de obra y restitución de las prestaciones”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 2000-1, págs. 115-127.

-*Enajenación de terrenos no edificables y edificios fuera de ordenación*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1996.

MONTÉS PENADÉS, V., y LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (coordinadores), *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1994.

MONTÉS PENADÉS, V., “Comentario a los artículos 1113 a 1124 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1 º, dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1989, págs. 988 y ss.

MORALES MORENO, A. M., “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en *ADC*, 1982, págs. 591-684.

-“El alcance protector de las acciones edilicias”, en *ADC*, 1980, págs. 585-686.

-“Comentario a los artículos 1484 a 1490 CC”, en *Comentario del Código civil, Ministerio de Justicia*, tomo II, Madrid 1991, págs. 953 y ss.

-“Información publicitaria y protección del consumidor: reflexiones sobre el artículo 8 de la Ley de Consumidores y Usuarios”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1992, págs. 683 y ss.

-“Declaraciones públicas y vinculación contractual”, en *ADC*, I, 1999, págs. 269 y ss.

-*Posesión y usucapión*, Madrid, 1972.

MORENO QUESADA, B., (coord.), *Curso de Derecho civil*, II-2º, *Contratos en particular, cuasi-contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998.

-*Curso de Derecho civil*, III, *Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORENO QUESADA, B., “La categoría de los derechos patrimoniales”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1967, págs. 941-966.

-“La protección de consumidores y usuarios al contratar”, en *Actualidad Civil*, referencia 59, 1988-1, págs. 201-212.

-“El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías (art. 1129.3 CC)”, en *ADC*, 1971.

-“La oferta de contrato cuarenta años después”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4979-4993.

MORO SERRANO, A., “La propiedad horizontal en la Jurisprudencia de la Dirección el Derecho francés”, en *RCDI*, núm. 583, 1987, págs. 1767-1796.

MULLERAT BALMAÑA, R. M.ª, “La responsabilidad del promotor de edificios. Acciones del comprador de viviendas y locales por causa de defectos”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978, págs. 165 y ss.

-“La Ley francesa núm. 78-12, de 4 de enero de 1978, relativa a la responsabilidad y al seguro en la construcción (1ª parte)”, en *RJC*, 1981, págs. 753-766;.

-“La Ley francesa núm. 78-12, de 4 de enero de 1978, relativa a la responsabilidad y al seguro en la construcción (2ª parte)”, *RJC*, 1983, págs. 233-240.

MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa Calpe-Universidad, Madrid, 1987.

- "El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas", en *RDP*, 1981, págs. 1059 y ss.

MURIEDAS MAZORRA, G., "Autopromoción y seguros obligatorios", en *Lunes cuatro treinta*, núm. 301, 2001, págs. 12 a 16.

NADAL GÓMEZ, I., *La transmisión a terceros de inmuebles en proceso de ejecución*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.

NART, I., "Contrato de obra y empresa", en *RDP*, 1951, págs. 814-825.

NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1997.

-"Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1994", en *CCJC*, núm. 36, septiembre-diciembre 1994, págs. 1043-1050.

NAVARRO PÉREZ, J., L., *La compraventa en el Código civil. Estudio sistemático de este contrato*, Ed. Ibarra de Arce, Córdoba, 1999.

NÚÑEZ LAGOS, R., "Mandatario sin poder", en *RDP*, sep. 1946, págs. 609 y ss.

O´CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Contrato de obra. Responsabilidad por ruina", en *Actualidad Civil*, 1988, ref. 522, págs. 1677 y ss.

-*Compendio de Derecho civil*, tomo II, vol. I, Edersa, Madrid, 1997.

-*Compendio de Derecho civil*, tomo III, *Derechos reales e hipotecario*, 3ª ed., Edersa, Madrid, 1997.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A, *Transmisiones de bienes fraudulentas (aspectos civiles y penales de la estafa impropia)*, Colex, Madrid, 1998.

ORTI VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002.

-"Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1992" (permuta de solar por construcción; cesión de créditos: diferencias con la compraventa de cosa corporal; diferencias con la cesión de créditos), en *CCJC*, núm. 30, septiembre-diciembre 1992, págs. 1043 a 1052.

-"Los vicios en la compraventa y su diferencia con el aliud pro alio: jurisprudencia más reciente", en *Aranzadi Civil*, 1996-I, págs. 41-60.

-*La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*, Granada, 1987.

-"Comentario a la STS de 22 de abril de 1988", en *CCJC*, núm. 17, 1988, págs. 463 y ss.

OSSORIO MORALES, J., *Lecciones de Derecho civil*, 2ª ed., revisada por Ossorio Serrano, Comares, Granada, 1986.

OTERO VALENTÍN, J., "Límites generales en la determinación de derechos reales", en *RDP*, núm. 103, 1922, págs. 97 a 102.

-"Determinación específica de derechos reales", en *RDP*, 1929, págs. 40 a 46.

PANTALEÓN PRIETO, F., "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en *ADC*, fasc. IV, octubre-diciembre 1993, págs. 1719-1744.

PARDO NÚÑEZ, C. R., "Un nuevo seguro obligatorio. Comentario del artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 90, 2000, págs. 215-223.

PAREJO-MERINO Y PAREJO, P. M.ª, "La reforma de la legislación urbanística en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en *RCDI*, núm. 612, 1992, págs. 2145-2166.

PARRA LUCÁN, M. A., "Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *ADC*, 1988, págs. 523-552.

PASQUAU LIAÑO, M., "Comentario a la STS de 9 de junio de 1989: Legitimación activa del promotor para ejercitar la acción de responsabilidad por ruina de la obra contra el contratista, una vez vendidas todas las viviendas", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 15, 1998, págs. 106 y ss.

-"La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo", en *Actualidad Civil*, referencia XXIX, 1990-2, págs. 419-428..

-"Comentario del artículo 8.1 y 8.2 de la Ley de consumidores y usuarios", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. Bercóvitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández, Civitas, Madrid, 1992, págs. 140-175.

PASTOR VITA, F. J., "Cesión de solar por pisos y locales futuros: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 98, enero-febrero 2002, págs. 258 y ss.

PAU PEDRÓN, A., "La capacidad en los negocios sobre inmuebles", en *RCDI*, núm. 634, 1996.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I y II, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

PÉREZ CANOVAS, N., "Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza", en *RCDI*, 1988, págs. 735-759.

PÉREZ GARCÍA, P., *La información en la contratación privada: en torno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990.

PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid, 1930.

PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I. La compravendita di cosa futura*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell´Università di Napoli, Edit. Jovene, Nápoles, 1962.

PETIT SEGURA, M. A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, SIGNO, Barcelona, 1990.

PINTÓ RUIZ, J. J., "Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*", en *RJC*, núm. 4, octubre-diciembre, 1975, págs. 693-749.

-"Voz Incumplimiento de las obligaciones civiles", en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, tomo XII, Barcelona, 1977, págs. 184 y ss.

PLANA ARNALDOS, M.ª C., *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

-"Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura", en *RCDI*, núm. 674, noviembre-diciembre 2002, págs. 2079-2124.

PRATS ALBENTOSA, L., "La entrega de cosa diversa a la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *RGD*, núm. 573, 1992, págs. 5081 y ss.

PRENDES CARRIL, "El artículo 1591 CC, tras la nueva Ley 38/1999, de ordenación de la edificación. Especial consideración a la ruina funcional", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, abril 2001, págs. 9-34.

PRETEL SERRANO, J. J., "La intervención del "técnico competente" del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", en *RCDI*, núm. 607, 1991, págs. 2207-2221.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, *Contratos en particular*, 2ª ed., Bosch, Barcelona,1982.

-*Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. I, *El derecho real. La posesión. La propiedad. Sus límites. Adquisición y pérdida. Ejercicio de acciones*, 3ª ed., Bosch, Barcelona,1989.

-Voz “Ius ad rem”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, t. XIII, Barcelona, 1968, págs. 697-698.

PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, II, *Derechos reales*, 3ª ed., Ediciones Pirámide, 1976, Madrid.

-*Compendio de Derecho civil español*, III, *Obligaciones y contratos*, 3ª ed., Ediciones Pirámide, 1976, Madrid.

RAGEL SÁNCHEZ, L.-F., “La responsabilidad de los agentes de la edificación después de la entrada en vigor de la Ley de ordenación de la edificación”, en *Carta Civil*, núm. 8, junio 2000, págs. 27-35.

RAMOS FOLQUES, R., “La regulación jurídico-registral de la edificación”, en *RCDI*, núm. 318-319, 1954, págs. 835-871.

RAMS ALBESA, J., “Comentario a los artículos 1271 y 1272 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, págs. 441 y ss.

-“Comentario al artículo 3 de la LPH”, en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal, Ley 8/1999, de 6 de abril*, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, págs. 87-101.

REAL PEREZ, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1993” (reserva de dominio, tercería de dominio a favor del comprador), en *CCJC*, núm. 33, septiembre-diciembre 1993, págs. 903 y ss.

REGLERO CAMPOS, F., (coord..), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.

REYES LÓPEZ, M.ª J., “La idea de conformidad en el Ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Directiva 1999/44/CE”, en *Derecho Patrimonial Europeo*, coordinado por PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L., REYES LÓPEZ, M.ª J., Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 321-338.

RICO MORALES, N., "Comentario sobre la reforma del Reglamento hipotecario", en *Folio real*, Revista del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 5, noviembre 1998, págs. 20 y ss.

-"Entrada en vigor de la LOE", en *Folio Real*, Revista del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo 2000, págs. 128 y ss.

-"La prehorizontalidad", en *Lunes cuatro treinta*, núm. 219, septiembre 1997, págs. 28 y ss.

RICO PÉREZ, "La publicidad y el consumidor de bienes inmuebles en la jurisprudencia civil española", en *La Ley*, 1982-1, págs. 749 y ss.

RIVAS ANDRÉS, R., "Permuta de solar por obra futura: los plazos, las condiciones potestativas y la Resolución DGRN de 28-2-1994; algunas otras cuestiones y posible modelo", en *Boletín Informativo de la Academia Granadina del Notariado*, t. II, núm. 168, diciembre 1994, págs. 3261 y ss.

"¿Pero de verdad se puede dividir sin licencia un chalet unifamiliar en varias viviendas conforme a las Resoluciones de la DGRN de 18-7-1996 y 16-1-2002?", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 92, abril-mayo 2003, págs. 971-984.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con reserva de dominio*, Valencia, 1994.

RIZZIERI, A., *La vendita obligatoria*, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, tomo III, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1995.

-*Derecho Hipotecario. Dinámica registral*, tomo V, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.

-*Derecho hipotecario*, t. IV, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1979.

-*Derecho hipotecario*, t. II, 7ª ed., Bosch, Barcelona, 1979.

ROCA SASTRE, R. M.ª, "Ensayo sobre el derecho de superficie", en *RCDI*, 1961, págs. 31 y ss.

-“El riesgo en el contrato de compraventa”, en *Estudios de Derecho privado*, t. I, 1948, págs. 348 y ss.

ROCA TRÍAS, E., “La relación entre la posesión y el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, 1979.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ OTERO, L., “El significado de la tradición en los inmuebles: su relación con la inscripción”, en *Homenaje a Jesús López Medel*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 943 a 1059.

-*Elementos de Derecho hipotecario*, tomo I y II, 2ª ed., Dijusa, Madrid, 2003.

ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J. J., “Garantías en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación y su acreditación ante el notario”, en *La Ley*, 2001-7, D-248, págs. 1396-1400.

ROVIRA JAÉN, F., “La compraventa de cosa futura”, en *Estudios de Derecho privado*, vol. 2, dirigidos por De la Esperanza Martínez-Radío, Edersa, Madrid, 1965, págs. 120-150.

RUBINO, *La compravendita. Trattato di Diritto civile e comérciale*, Cicu-Messineo, t. XXIII, 2ª ed., Milán, 1962.

RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993.

-*La doble venta y la doble disposición*, Bosch, Barcelona, 1994.

-“La garantía del artículo 11 LCU”, en *ADC*, 1990, págs. 867-919.

-“Interpretación del contrato. Nulidad por falta de objeto. Aliud pro alio. Resarcimiento debido por defecto en la cosa vendida (comentario a la STS de 8 de marzo de 1989)”, en *ADC*, fasc. I, 1990, págs. 279-303.

RUBIO SAN ROMÁN, J. I., *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, 1987.

RUDA GONZÁLEZ, A., *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

-“Cessió de finca o d´edificabilitat a canvi de construcció futura”, en *RJC*, 2003-1, págs. 9-39.

-“Comentario a la STS de 13 de diciembre de 2002 [RJ 10747]” (contrato de cesión de suelo por obra. Incumplimiento resolutorio. Retraso y cumplimiento resolutorio. Alteración de la causa de pedir), en *CCJC*, núm. 61, enero-marzo 2003, págs. 331-351.

RUÍZ-RICO, J. A., “Transmisión actual al cedente de pisos o locales en el edificio a construir, en la permuta de solar por pisos (en relación con el artículo 13 RH)”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 49, junio 1999, págs. 1730-1737.

RUÍZ RICO MARQUEZ, J., “La inscripción de obras nuevas conforme al RD 1093/1997”, en *Lunes cuatro treinta*, núm. 221, octubre 1997, págs. 17 y ss.

RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, Jaén, 1995.

RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M. y MORENO-TORRES, M.ª L. (coordinadores), *La responsabilidad civil en la Ley de ordenación de la edificación*, Comares, Granada, 2002.

RUÍZ-RICO RUÍZ-MORÓN, J., *Las urbanizaciones privadas*, Montecorvo, Madrid, 1987.

SALIS, *La compravendita di cosa futura*, Padua, 1935.

SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 1591 CC”, en *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1993, págs. 1189 y ss.

SANAHUJA SOLER, J. M.ª, "Cuestiones sobre la cabida en la venta de inmuebles", en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, conferencias del cursillo del año 1946, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1947, págs. 185-221.

SÁNCHEZ CALERO, F. J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Montecorvo, Madrid, 1978.

-*Aspectos registrales del proyecto de equidistribución*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., "Comentario al artículo 1445, 1450 1473 y1483 CC", en *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, t. II, dirigidos por Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2000, págs. 2589 y ss.

SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

-"Comentario al artículo 1271 CC", en *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, t. II, dirigidos por PASQUAU LIAÑO, Comares, Granada, 2000, págs. 2201 y ss.

SANMARTÍN MARIÑAS, J., *Las permutas inmobiliarias. Aspectos contables y fiscales*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

SANTOS BRIZ, J., "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", en *RDP*, 1972, págs. 379 y ss.

-*La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2001.

-"Rasgos de la responsabilidad civil en nuestros días. Su problemática actual", en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 3, 1998, págs. 132 y ss.

SANTOS MORÓN, M.ª J., "Información precontractual, forma y prueba del contrato", en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, coordinado Gema Botana García y Miguel Ruiz Muñoz, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

-"El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados", en *Estudios sobre consumo*, núm. 42, 1997, págs. 25 y ss.

-"Comentario del artículo 17 LOE", en *Comentarios a la Ley de ordenación de la edificación*, dirigidos por Luciano PAREJO ALFONSO, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 317-354.

SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

-*Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

-*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945, Madrid.

-"Un aspecto de la fe pública registral", *RDP*, abril 1945, págs. 225-230.

SAPENA TOMAS, J., CERDA BAÑULS, J., y GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores", en *RDN*, abril-junio 1976, págs. 71-202.

SAVATIER, R., "La propiedad del espacio", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 1, enero-febrero 1967, págs. 13 a 33.

SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO DE ARAGÓN, "El tráfico jurídico de pisos o departamentos en edificio por construir ante el Registro de la Propiedad", en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 62, octubre 1971, págs. 548 y ss.

SEOANE PRADO, J., "Garantías por defectos en la construcción", en *Garantías y responsabilidad en la Ley de ordenación de la edificación*, por SEOANE PRADO, J., BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., y COBO PLATA, J. J., Sepin, Madrid, 2000, págs. 13-37.

SERRANO CHAMORRO, M.ª E., *Cambio de solar por edificación futura*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.

-"¿Cuándo se entiende transmitida la propiedad de los pisos en construcción?", en *El consultor inmobiliario*, núm. 5, septiembre 2000, págs. 35 y ss.

-*La jurisprudencia en el contrato de cambio de solar por edificación*, Aranzadi, 2001.

SIFRE PUIG, R. F., "Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación dela edificación en relación con la constitución de garantías de su artículo 19 y el Registro de la propiedad", en *RCDI*, núm. 669, enero-febrero 2002, págs. 97 a 189.

SOLÍS VILLA, I., "Comentario al artículo 5 LPH", en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal, Ley 8/1999, de 6 de abril*, coordinados por CUADRADO IGLESIAS, M., Dykinson, Madrid, 2000, págs. 109-154.

SOTO NIETO, F., *Supuestos de inclusión y exclusión en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Alcoy, 1966.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., "Acerca de la idoneidad y modificabilidad del objeto de la compraventa de bienes inmuebles en régimen de propiedad horizontal", en *La Ley*, 1987-1, págs. 198-204.

TAPIA GUTIÉRREZ, P., "La protección de los consumidores y la Ley de ordenación de la edificación", en *El Consultor Inmobiliario*, diciembre 2000, págs. 35-56.

TERRE, F., y SIMLER, Ph., *Droit civil. Les biens*, 4ª ed., Paris, 1992.

TIRADO SUAREZ, F. J., "Comentario al artículo 68 LCS (seguro de caución)", en *Ley del Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dirigidos por SANCHEZ CALERO, F., Aranzadi, 1999, págs. 1029 y ss.

TORMO SANTONJA, M., "Consulta y resolución por la Comisión de Calificación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España sobre la exigencia del seguro decenal previsto en la Ley de ordenación de la edificación para los supuestos de rehabilitación desde la reforma por la Ley 53/2002 de acompañamiento", en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 105, marzo-abril 2003, págs. 29-35.

-"Posible interpretación en Cataluña de la aplicación de la Ley de ordenación de la edificación, desde la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2003", en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 105, marzo-abril 2003, págs. 37-43.

TORRALBA SORIANO, V., "Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1591 del Código civil", en *ADC*, 1970, págs. 123 y ss.

TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., "Comentario del articulo 23 de la Ley hipotecaria", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* tomo VII, vol. 4º, dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1999, págs. 137-157.

TORRES DE CRUELLS, J., "La medida cautelar del artículo 1121 del Código civil", en *ADC*, fasc. II, 1959, págs. 1219 a 1236.

TORRES ESCAMES, S., "La hipoteca de finca vendida", en *RDP*, octubre 1983, págs. 917 a 925.

TORRES LANA, J. A., *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Pamplona, Eunsa, 1975.

TOURNAFOND, *Vente d´immeuble à construire*, Enc. Dalloz, 1994.

TRAVIESAS, M., "Contrato de arrendamiento", en *RDP*, 1919, págs. 34-48.

TRUJILLO CALZADO, M. I., *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, Bosch, Barcelona, 1994.

TRUJILLO DÍEZ, I. J., "Interposición gestora de las cooperativas de viviendas", en *Aranzadi Civil*, núm. 19, febrero 2000, págs. 15 a 25.

VÁZQUEZ-BOTE, E., "Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del Derecho. Exigencia de una nueva normativa jurídica", en *RCDI*, núm. 573, 1986, págs. 217-274.

VENTURA-TRAVESET, A., *Derecho de propiedad horizontal*, 6ª edición reformada y adaptada a la LEC 2000, Bosch, Barcelona, 2000.

VERGER GARAU, J., "Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal", en *RJC*, enero-marzo 1981, págs. 238 y ss.

VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El derecho de las cooperativas y su reforma,* Madrid, 1973.

VICENTE DOMINGO, E., "Régimen de responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código civil?", en *Actualidad Civil*, núm. 37, octubre, 2000, págs. 1383 a 1398.

VIDAL FRANCÉS, P., *La problemática de las condiciones en el Registro de la Propiedad*, Atelier, Barcelona, 1998.

-"Compraventa con condición resolutoria. Sobre la aplicación de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios. Facultades de calificación del registrador (Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991)", en *RCDI*, núm. 608, enero-febrero 1992, págs. 191 y ss.

VILASAU SOLANA, M., "La noció de promotor en la Llei 38/1999, d´ordenació de l´edificació", en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2001.

VON TUHR, A., *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán.* Vol. I[1], *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, trad. Tito Ravá, presentación de la edición por Celestino Pardo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

ZANÓN MASDEU, L., *La propiedad de casas por* pisos, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.

ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., *La garantía real y la propiedad horizontal*, Tecnos, Madrid, 1995.

ZURITA MARTÍN, I., *El contrato de aportación de solar*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1995.

-"El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 2001-1.

-"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, págs. 1887 y ss.

-"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 *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002, págs. 217-250.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS[1008]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 2 de julio de 2001 (RTC 150)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA CIVIL)

STS de 30 de marzo de 1903
STS de 29 de mayo de 1906
STS de 22 de noviembre de 1910
STS de 7 de octubre de 1914
STS de 28 de enero de 1916
STS de 27 de febrero de 1950 (RJ 366)
STS de 23 de febrero de 1951 (RJ 267)
STS de 31 de octubre de 1951 (RJ 2364)
STS de 26 de junio de 1956 (RJ 2729)
STS de 2 de abril de 1957 (JC 281)
STS de 10 de junio de 1958 (RJ 2142)
STS de 4 de febrero de 1960 (JC 61)
STS de 28 de noviembre de 1962 (RJ 4685)
STS de 2 de abril de 1964 (RJ 1769)
STS de 4 de mayo de 1965 (JC 340)
STS de 10 de mayo de 1965 (RJ 2521)
STS de 9 de junio de 1967 (RJ 3983)
STS de 28 de febrero de 1968 (RJ 1389)
STS de 29 de abril de 1970 (RJ 2053)
STS de 2 de junio de 1970 (RJ 2785)
STS de 23 de enero de 1973 (RJ 500)

[1008] Para la búsqueda de sentencias anteriores a 1930, se ha utilizado la Colección Legislativa de España, por lo que no consta la referencia Aranzadi.

STS de 18 de abril de 1974 (RJ 1665)

STS de 11 de octubre de 1974 (RJ 3798)

STS de 17 de octubre de 1974 (RJ 3896)

STS de 3 de febrero de 1975 (RJ 326)

STS de 14 de junio de 1976 (RJ 2753)

STS de 27 de enero de 1977 (RJ 121)

STS de 3 de marzo de 1979 (RJ 1184)

STS de 4 de abril de 1979 (RJ 1270)

STS de 3 de octubre de 1979 (RJ 3236)

STS de 18 de diciembre de 1978 (RJ 4683)

STS de 13 de marzo de 1981 (RJ 912)

STS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 4469)

STS de 8 de febrero de 1982 (RJ 584)

STS de 27 de febrero de 1982 (RJ 792)

STS de 13 de mayo de 1982 (RJ 3166)

STS de 19 de mayo de 1982 (RJ 2581)

STS de 19 de octubre de 1982 (RJ 5563)

STS de 24 de enero de 1983 (RJ 384)

STS de 23 de febrero de 1983 (RJ 1068)

STS de 11 de julio de 1983 (RJ 4208)

STS de 8 de julio de 1983 (RJ 4122)

STS de 18 de abril de 1984 (RJ 1952)

STS de 27 de abril de 1984 (RJ 1973)

STS de 3 de mayo de 1984 (RJ 2393)

STS de 17 de diciembre de 1984 (RJ 6286)

STS de 7 de febrero de 1985 (RJ 538)

STS 20 de septiembre de 1985 (RJ 4281)

STS de 28 de febrero de 1986 (RJ 939)

STS de 16 de julio de 1986 (RJ 4570)

STS de 24 de septiembre de 1986 (RJ 4787)

STS de 27 de octubre de 1986 (RJ 6012)

STS de 3 de diciembre de 1986 (RJ 7194)

STS de 19 de diciembre de 1986 (RJ 7683)

STS de 27 de febrero de 1987 (RJ 1001)

STS de 12 de marzo de 1987 (RJ 434)

STS de 15 de julio de 1987 (RJ 5793)

STS de 17 de julio de 1987 (RJ 5799)

STS de 24 de septiembre de 1987 (RJ 6193)

STS de 30 de junio de 1988 (RJ 5195)

STS de 17 de noviembre de 1988 (RJ 8603)

STS de 9 de diciembre de 1988 (RJ 9331)

STS de 19 de mayo de 1989 (RJ 3778)

STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 6976)

STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 7878)

STS de 6 de febrero de 1990 (RJ 665)

STS de 15 de febrero de 1990 (RJ 687)

STS de 20 de octubre de 1990 (RJ 8029)

STS de 26 de octubre de 1990 (RJ 8052)

STS de 29 de enero de 1991 (RJ 345)

STS de 2 de febrero de 1991 (RJ 699)

STS de 2 de marzo de 1991 (RJ 1711)

STS de 25 de julio de 1991 (RJ 5421)

STS de 14 de octubre de 1991 (RJ 6918)

STS de 19 de octubre de 1991 (RJ 7452)

STS de 10 de diciembre de 1991 (RJ 8928)

STS de 30 de diciembre de 1991 (RJ 9607)

STS de 6 de febrero de 1992 (RJ 832)

STS de 11 de abril de 1992 (RJ 3096)

STS de 15 de junio de 1992 (RJ 5135)

STS de 27 de junio de 1992 (RJ 5562)

STS de 27 de julio de 1992 (RJ 6459)

STS de 1 de julio de 1992 (RJ 6498)

STS de 6 de noviembre de 1992 (RJ 9229)

STS de 12 de febrero de 1993 (RJ 1794)

STS de 23 de febrero de 1993 (RJ 1223)

STS de 22 de marzo de 1993 (RJ 2529)

STS de 27 de julio de 1993 (RJ 6278)

STS de 16 de julio de 1993 (RJ 6450)

STS de 21 de julio de 1993 (RJ 6176)

STS de 8 de octubre de 1993 (RJ 7315)

STS de 9 de noviembre de 1993 (RJ 8974)

STS de 31 de diciembre de 1993 (RJ 9920)

STS de 24 de enero de 1994 (RJ 439)

STS de 28 de enero de 1994 (RJ 571)

STS de 2 de febrero de 1994 (RJ 563)

STS de 13 de febrero de 1994 (RJ 1467)

STS de 9 de marzo de 1994 (RJ 2205)

STS de 25 de marzo de 1994 (RJ 2535)

STS de 10 de mayo de 1994 (RJ 3896)

STS de 18 de mayo de 1994 (RJ 4094)

STS de 11 de junio de 1994 (RJ 4810)

STS de 18 de febrero de 1995 (RJ 882)

STS de 23 de febrero de 1995 (RJ 1701)

STS de 16 de marzo de 1995 (RJ 2661)

STS de 13 de mayo de 1995 (RJ 4233)

STS de 1 de julio de 1995 (RJ 5421)

STS de 7 de octubre de 1995 (RJ 7205)

STS de 6 noviembre de 1995 (RJ 8077)

STS de 21 de marzo de 1996 (RJ 2233)

STS de 31 de mayo de 1996 (RJ 3866)

STS de 3 de julio de 1996 (RJ 5555)

STS de 12 de julio de 1996 (RJ 5886)

STS de 13 de julio de 1996 (RJ 5584)

STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 6723)

STS de 18 de septiembre de1996 (RJ 6725)[1009]

STS de 8 de noviembre de 1996 (RJ 8260)

STS de 29 de mayo de 1997 (RJ 4327)

STS de 30 de mayo de 1997 (RJ 4328)

STS de 30 de junio de 1997 (RJ 5406)

STS de 10 de julio de 1997 (RJ 5464)

[1009] Esta sentencia ha sido anulada por la STC de 2 de julio de 2001 (RTC 150).

STS de 18 de julio de 1997 (RJ 5516)

STS de 3 de octubre de 1997 (RJ 6965)

STS de 9 de octubre de 1997 (RJ 7065)

STS de 14 de noviembre de 1997 (RJ 8123)

STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 8780)

STS de 30 de enero de 1998 (RJ 555)

STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1912)

STS de 4 de mayo de 1998 (RJ 3229)

STS de 8 de mayo de 1998 (RJ 3187)

STS 9 de octubre de 1998 (RJ 7560)

STS de 4 de diciembre de 1998 (RJ 8788)

STS de 29 de diciembre de 1998 (RJ 10140)

STS de 27 de enero de 1999 (RJ 7)

STS de 12 de marzo de 1999 (RJ 2375)

STS de 30 de marzo de 1999 (RJ 2421)

STS de 10 de mayo de 1999 (RJ 2886)

STS de 23 de septiembre de 1999 (RJ 7266)

STS de 13 de octubre de 1999 (RJ 7426)

STS de 28 de octubre de 1999 (RJ 7631)

STS de 29 de noviembre de 1999 (RJ 9139)

STS de 11 febrero de 2000 (RJ 821)

STS de 3 de julio de 2000 (RJ 6877)

STS de 23 de octubre de 2000 (RJ 9198)

STS de 22 de diciembre de 2000 (RJ 10136)

STS de 19 de enero de 2001 (RJ 1321)

STS de 14 de febrero de 2002 (RJ 1441)

STS de 18 de febrero de 2002 (RJ 3511)

STS de 20 de marzo de 2002 (RJ 2852)

STS de 3 de abril de 2002 (RJ 2667)

STS de 30 de abril de 2002 (en *Act, Civil*, núm. 38, 2002)

STS de 20 de junio de 2002 (RJ 5231)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

STS de 24 de febrero de 2000 (RJ 2888)

STS de 22 de mayo de 2000 (RJ 6275)

STS de 12 de diciembre de 2000 (RJ 2001/552)

STS de 31 de enero de 2001 (RJ 1083)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Navarra de 17 de junio de 1996 (RJ 8374)

STSJ de Navarra de 8 de octubre de 1998 (RJ 8598)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Pontevedra de 4 de mayo de 1992 (AC 682)

SAP de Sevilla de 15 de febrero de 1993 (en *Act. Civil*, 1993-3, págs. 1384-1386)

SAP de Barcelona de 14 de junio de 1993 (AC 1356)

SAP de Cantabria de 14 de marzo de 1996 (AC 548)

SAP de Barcelona de 14 de julio de 1994 (AC 1467)

SAP de Toledo de 3 de octubre de 1994 (AC 1831)

SAP de Jaén de 24 de septiembre de 1996 (AC 1832)

SAP de Badajoz de 13 de febrero de 1997 (AC 346)

SAP de Zaragoza de 19 de febrero de 1997 (AC 222)

SAP de Granada de 15 de abril de 1997 (AC 1663)

SAP de Badajoz de 20 de junio de 1997 (AC 1272)

SAP de Badajoz de 3 de febrero de 1998 (AC 3609)

SAP de Córdoba de 17 de julio de 1998 (AC 1361)

SAP de Vizcaya 25 de enero de 1999 (AC 2899)

SAP de Madrid 23 de marzo de 1999 (AC 1037)

SAP de Madrid de 17 de mayo de 1999 (AC 8434)

SAP de Córdoba 26 de enero de 2000 (AC 2885)

SAP de Asturias de 5 abril de 2000 (AC 3379)

SAP de Asturias de 11 julio de 2000 (AC 1541)

SAP de Pamplona 20 octubre de 2000 (AC 2191)

SAP de Jaén 5 febrero de 2001 (AC 963)

SAP de Cantabria de 28 de febrero de 2001 (AC 225)

SAP de Girona de 5 de octubre de 2001 (AC 16)

SAP de Córdoba de 10 de octubre de 2002 (*Act. civil*, núm. 07, semana del 10 al 18 de febrero de 2003)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN de 28 de febrero de 1968 (RJ 3645)

RDGRN de 20 de febrero de 1969 (en *RCDI*, núm. 474, 1969, págs. 1313-1318)

RDGRN de 21 de febrero de 1969 (en *RCDI*, núm. 474, 1969, págs. 1313-1318)

RDGRN de 21 de octubre de 1980 (RJ 3790)

RDGRN de 5 de noviembre de 1982 (RJ 6941)

RDGRN de 11 de junio de 1986 (RJ 3841)

RDGRN de 13 de mayo de 1987 (RJ 3855)

RDGRN de 26 de junio de 1987 (RJ 4841)

RDGRN de 18 de abril de 1988 (RJ 3358)

RDGRN de 18 de junio de 1991 (RJ 4656)

RDGRN de 27 de junio de 1991 (RJ 5696)

RDGRN de 24 de julio de 1991 (RJ 4659)

RDGRN de 25 de julio de 1991 (RJ 4660)

RDGRN de 12 de noviembre de 1991 (RJ 8631)

RDGRN de 21 de febrero de 1995 (RJ 1735)

RDGRN de 16 de mayo de 1996 (RJ 3950)

RDGRN de 18 de julio de 1996 (RJ 5615)

RDGRN de 21 de marzo de 1997 (BOE de 24 de abril)

RDGRN de 4 de noviembre de 1997 (RJ 828)

RDGRN de 12 de noviembre de 1997 (RJ 5219)

RDGRN de 24 de abril de 1998 (RJ 3568)

RDGRN de 17 de julio de 1998 (RJ 5973)

RDGRN de 5 de enero de 1999 (RJ 41)

RDGRN de 20 de marzo de 2000

RDGRN de 25 de enero de 2001 (BOE de 23 de febrero)

RDGRN de 30 de marzo de 2001 (BOE de 16 de mayo)

RDGRN de 31 de marzo de 2001 (BOE de 16 de mayo)

RDGRN de 16 de enero de 2002 (BOE, de 4 de marzo, núm. 54)

RDGRN de 26 de enero de 2002 (RJ 5816)

RDGRN de 5 de abril de 2002 (BOE 30 de mayo, núm. 129)

RDGRN de 15 de octubre de 2002 (BOE 11 de diciembre, núm. 296)

RDGRN de 8 de febrero de 2003 (RJ 2606)

RDGRN de 9 de julio de 2003 (BOE 15 de agosto, núm. 195)

RDGRN de 28 de octubre de 2003 (BOE, de 3 de diciembre, núm. 289)

RDGRN de 10 de diciembre de 2003 (BOE, de 13 de enero de 2004, núm. 11)

Instrucción de 11 de septiembre de 2000 (BOE 21 de septiembre)