

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

9586 *Resolución de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Francisco Javier Torres Lanagrán, contra la negativa del registrador de la propiedad interino de Mancha Real, a inscribir una escritura de cesión de suelo por obra futura en cuanto a la contraprestación consistente en la transmisión de los pisos o locales en el edificio a construir.*

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

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el Notario de Jaén, Don Manuel Cruz Gimeno, de fecha 16 de Enero de 2008, se rectificó otra escritura de compraventa autorizada por el Notario de Jaén Don Carlos Cañete Barrios de fecha 13 de Junio de 2006, pactándose en sustitución de la obligación de pago aplazado prevista en esta escritura, la de entregar Industrias El Angel Jaén S.A. a Don Francisco Javier Torres Lanagrán, una serie de pisos, plazas de garaje y locales destinados a trasteros en el edificio a construir.

II

Presentada copia autorizada de dicha acta en el Registro de la Propiedad de Mancha Real, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Mancha Real-Jaén. Luis Manuel Benavides Parra, Registrador interino del Registro de la Propiedad de Mancha Real y titular del Registro de la Propiedad de Huelma, en ejercicio de la función calificadora que le otorgan los Artículos 18, 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, en el día de hoy, ha calificado la escritura otorgada en Jaén, ante el Sr. Notario D. Manuel Cruz Gimeno, el día 16 de enero de 2008, bajo el número 57/08 de protocolo, que fue presentada bajo el asiento de presentación número 758 del diario 124, y ha resuelto denegar la práctica de los asientos solicitados por los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho. Hechos: 1. Que el día 8 de abril de 2008 fue presentada por Doña María Vicenta Delfa Campos, copia del expresado título a la 12:47 horas, originando el asiento de presentación número 978 del diario 123, que fue inscrito en los términos que expresa la nota puesta al margen de dicho asiento de presentación, que es del siguiente tenor: «Practicada la rectificación que se solicita en el documento objeto del adjunto asiento, al tomo 993 del archivo, libro 272 de Mancha Real, folio 52 vuelto, inscripción 4.a de la finca registral número 3/14727, Mancha Real a 21 de abril del año 2008». 2. Que el pasado día 17, D. Francisco Javier Torres Lanagrán, con D.N.I. número 25.991.482-X presenta otra copia de la expresada escritura, expedida para dicho señor, originando el asiento de presentación número 758 del diario 124, solicitando mediante instancia suscrita con la misma fecha que le sea inscrito su derecho de propiedad de cada uno de los elementos objeto de la permuta. 3. Que a la vista de la documentación presentada y de los asientos practicados y solicitados en su día, no procede la práctica de inscripción alguna en cuanto a esta segunda solicitud de inscripción por cuando el título presentado carece de efecto traslativo y, por tanto, de

efecto real, habiéndose configurado la entrega de los diversos departamentos señalados en el título presentado con carácter puramente obligacional. Dicha obligación, además, ha quedado diferida en el tiempo y, por tanto, será al cumplimiento del término fijado y no antes cuando habrá de exigirse su cumplimiento. Fundamentos de Derecho: Primero y único. En principio, y para centrar la cuestión debatida, hay que hacer una serie de consideraciones. La escritura ahora calificada implicaba, y así se hizo constar en este Registro de la Propiedad, una rectificación de una escritura anterior de compraventa, de tal manera que se solicitó la rectificación del asiento respectivo, cambiando la configuración de la contraprestación a recibir por el vendedor de la finca registral 14.727, es decir, D. Francisco Javier Torres Lanagan, de una cantidad en metálico a la obligación por parte del comprador, es decir, «Industrias El Ángel Jaén, S.A.», de entregar al vendedor una serie de elementos a construir por el comprador, cambiando igualmente, la configuración del contrato inicialmente celebrado de compraventa a permuta. Pues bien, podemos decir que el contrato inicialmente celebrado de compraventa queda hoy configurado, merced a la rectificación operada, como permuta de cosa presente por obra futura y sujeto a las normas del art. 13 del Reglamento Hipotecario. En este sentido, la reforma del Reglamento Hipotecario efectuada por Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre trató, al reformar el art. 13 del Reglamento Hipotecario, de establecer un doble sistema a la hora de configurar este tipo de negocio jurídico, es decir, bien con carácter real en sus tres primeros párrafos, o con carácter meramente obligacional, en sus dos últimos párrafos. Sin embargo, la sentencia de la sala 3.ª del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 vino a declarar nulos los tres primeros párrafos del citado precepto, pues consideró que admitir la posibilidad de que el título público por el que se hubiera pactado la cesión de un solar a cambio de obra futura, siendo la contraprestación a satisfacer por parte del adquirente la entrega de una serie de elementos a construir, implicando con ello la transmisión de dichos elementos que carecían de una realidad física en el momento de la celebración del negocio jurídico, supondría una alteración y desnaturalización del régimen de adquisición de la propiedad consagrado en el art. 609 del Código Civil, que exige para operar la transmisión de la propiedad la concurrencia del título o documento público que recoge la constitución de este derecho, y el modo, es decir, la puesta a disposición del cedente de los elementos que han de integrar la contraprestación pactada. Así, el Tribunal, en su apartado duodécimo de la sentencia vino a declarar que: «La contradicción está en que los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado por esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir». Y sigue diciendo el Tribunal: «En definitiva, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario con sus tres primeros párrafos altera el régimen legal de adquisición de la propiedad, consagrado por el artículo 609 del Código civil, al convertirlo, en disponible por los contratantes a pesar de su naturaleza imperativa y, al mismo tiempo, establece el contenido de los derechos y obligaciones de una singular figura contractual, con lo que se excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no le permite ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos. Ni el significado de la traditio ficta recogido en los artículos 1.462 y 1.463 del Código civil ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan a éstos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto, y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional, como lo demuestra el párrafo cuarto del propio artículo 13, al contraponer la previsión de los tres primeros a la que en él se contempla, de contenido puramente: obligacional, con cabida en el sistema de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código civil, y que, por tanto, no es objeto de censura alguna. La pretendida finalidad de proteger al cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el modo para la adquisición de la propiedad cuando, además, existen garantías reales para lograr la protección del cedente en los

contratos de cesión de suelo por obra de carácter meramente obligacional, como lo demuestra el último apartado del artículo que comentamos, al prever la inscripción de la condición resolutoria u otra garantía real». A la vista de la citada sentencia, la permuta de cosa presente por obra futura solo puede configurarse con carácter meramente obligacional, sin perjuicio de que dicha obligación se garantice con condición resolutoria u otra garantía real, que si tendría acceso al Registro de la Propiedad. Es, por tanto, lo que hoy recoge el art. 13 del Reglamento Hipotecario al decir que: «El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar esta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción. No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al art. 11 de la Ley Hipotecaria». Pues bien, al practicarse en este Registro la inscripción de la escritura de compraventa otorgada en Jaén el día 13 de junio de 2006 ante el Sr. Notario D. Carlos Cañete Barrios, protocolo número 1.384, se opero, y así quedo reflejado en este Registro, la transmisión de la propiedad de la finca registral número 14.727 a favor de «Industrias El Ángel, S.A.» dado el efecto traditorio de la compraventa en escritura pública, conforme al art. 1.462 del Código Civil, efecto que no quedó desvirtuado por la posterior escritura de rectificación en permuta que ocasionó el asiento de presentación número 978 del diario 123, en cuyo asiento se cumplieron con las previsiones del art. 13 citado, constando de forma escueta la obligación del cedente, «Industrias El Ángel, S.A.», de entregar los elementos relacionados en la escritura citada y calificada con carácter meramente obligacional y no real, en cuanto a los elementos que constituían la contraprestación a cumplir por el cesionario no habiéndose, además, garantizado su cumplimiento mediante condición resolutoria u otra garantía real, como prevé el mismo art. 13 del Reglamento Hipotecario. Este carácter meramente obligacional viene además remarcado por el propio título que en su estipulación 4.ª viene a señalar que: «La sociedad «Industrias El Ángel Jaén, S.A.» se obliga a entregar los referidos elementos totalmente terminados y en condiciones de uso, en un plazo máximo que terminará el día 31 de junio de 2009». De lo cual resulta que el derecho del cedente carece de la nota de inmediatez que caracteriza a cualquier derecho real y que implicaría la inmediata adquisición y transmisión de la propiedad de los elementos que integran la contraprestación sin necesidad de colaboración del cesionario, extremo éste que no resulta de ninguna de las estipulaciones de la escritura sino que parece claramente que queda diferida su entrega a un plazo que finalizaría el 31 de junio de 2009; todo lo contrario, resulta así del título presentado que es al cesionario al que, para dar cumplimiento a su obligación y producir en consecuencia la transmisión del dominio, a quien incumbe otorgar la correspondiente acta de finalización de obra, con el cumplimiento de los requisitos previstos por la legislación aplicable para la entrega de los elementos integrantes de la contraprestación pactada en los términos previstos en la obligación asumida por el cedente y que, por otro lado, exigen tanto la vigente Ley de Suelo y la Ley de Ordenación de la Edificación, al estipularse que la entrega se hará de los elementos totalmente terminados y en condiciones de uso. Además, se hace preciso el otorgamiento, en su consecuencia, de la correspondiente acta notarial de entrega de los distintos elementos, requisito imprescindible para producir la transmisión dominical, constituyendo el «modo» de adquirir y completando al título ya otorgado y que es objeto de la actual calificación. Ciertamente es que la existencia de un proyecto de construcción y la correspondiente licencia de edificación otorgada por la Autoridad competente permite la declaración de obra nueva en construcción así como la constitución un edificio en régimen de propiedad horizontal como determina el art. 8.4 de la Ley Hipotecaria, pero aunque ello permitiría ya la existencia registral de los elementos a construir no es menos cierto que de la escritura no resulta ninguna estipulación que atribuya y transmita desde el momento de la celebración del contrato y otorgamiento del título, esto es desde la fecha del otorgamiento de la escritura de rectificación por permuta, la propiedad de los elementos configurados

como contraprestación al cedente sino que, como hemos señalado, esa entrega queda postergada en el tiempo y, en todo caso, asumiendo el cesionario dicha obligación de entrega lo que implica una actuación activa por su parte otorgando la documentación necesaria para dar cumplimiento a dicha prestación y, en caso contrario, siendo obligado a ello por medio de una decisión judicial dictada en el procedimiento correspondiente. Por tanto, el cumplimiento de la obligación de entregar los elementos relacionados y la eventual exigencia de ese cumplimiento han de desenvolverse dentro del ámbito del Código Civil y sujeta, por tanto, a su interpretación judicial en su caso por lo que, careciendo dicha obligación de carácter real al no atribuirse al cedente la inmediata propiedad de los elementos a construir y quedando diferida dicha entrega en el tiempo, su ejercicio queda fuera del amparo del Registro de la Propiedad, siendo preciso una actuación por parte del cesionario que determine su cumplimiento en los términos arriba expresados. Todo lo cual determina que deba denegarse por el Registrador que suscribe la inscripción solicitada. Calificación: Por todo lo anterior, el Registrador que suscribe ha resuelto denegar la práctica de los asientos solicitados, por los hechos y fundamentos de derecho anteriormente expuestos. Practicada la notificación de la calificación efectuada de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, quedará automáticamente prorrogado el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación. Recursos: Contra esta nota de calificación cabrá interponer recurso en el plazo de un mes desde la fecha de su notificación en este Registro de la Propiedad, para la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los Registros y oficinas previstos en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en cualquier Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Reclamación en el plazo de dos meses contados desde la misma notificación ante los Juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que este situado el inmueble, conforme al art. 328 párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre. Solicitar, en el plazo de quince días contados desde la misma notificación, otra calificación según el cuadro de sustituciones, de conformidad con el Real Decreto 1.039/2003, de 1 de agosto. En Mancha Real, a 29 de Julio de 2.008. Fdo. El Registrador interino, Don Luis Manuel Benavides Parra».

III

Instada calificación sustitutoria el Registrador de Alcalá La Real Don José Carlos confirmó la nota de calificación registral en los siguientes términos: «Previo examen y calificación del documento que antecede, se extiende la siguiente de calificación por la que se confirma la calificación efectuada por el Sr. Registrador de la Propiedad de Mancha Real, y por consiguiente se deniega su inscripción por el defecto insubsanable de ser de naturaleza personal el derecho que ostenta Don Francisco Javier Torres Lanagran sobre los distintos elementos que la entidad mercantil Industrias El Ángel Jaén S.A. se ha obligado a entregarle. Hechos. Primero. A las 12,47 horas del día 8 de abril de 2008 fue presentada por D.ª María Vicenta Delfa Campos, copia de la escritura otorgada en Jaén, ante el Sr. Notario D. Manuel Cruz Gimeno, el día 16 de enero de 2008, bajo el número 57 de su protocolo, originando el asiento de presentación número 978 del diario 123, que fue inscrito en los términos que expresa la nota puesta al margen de dicho asiento de presentación, que es del siguiente tenor: «Practicada la rectificación que se solicita en el documento objeto del adjunto asiento, al tomo 993 del archivo, libro 272 de Mancha Real, folio 52 vuelto, inscripción 4.º de la finca registral número 14.727, Mancha Real a 21 de abril del año 2008. Base declarada. Número de arancel: 1, 2, 3, 4. Honorarios sin I.V.A. setecientos cuarenta y un euros con noventa céntimos. Minuta: A-978». Segundo. El pasado día 17 de julio, D. Francisco Javier Torres Lanagran, con D.N.I. número 25.991.482-X presenta otra copia de la expresada escritura, expedida para dicho señor, originando el asiento de presentación número 758 del diario 124, solicitando mediante instancia suscrita con la misma fecha que le sea inscrito su derecho de propiedad de cada uno de los elementos objeto de la permuta, la cual fue objeto de calificación negativa, habiéndose

acordado el 29 de julio último denegar su inscripción por tener carácter meramente obligacional y no real la obligación de entregar los elementos relacionados en la citada escritura, por parte de Industrias El Ángel Jaén S.A. a Don Francisco Javier Torres Lanagran. El citado defecto fue calificando de insubsanable. Tercero. El día 7 de agosto último Don Francisco Javier Torres Lanagran, solicito del Registro de Mancha Real la indicación del Registrador Sustituto y una vez efectuada la preceptiva consulta al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, sobre la aplicación del cuadro de sustituciones para determinar la competencia a la hora de proceder a una nueva calificación del meritado documento, la misma le correspondió al Registrador de la Propiedad de Alcalá la Real. Cuarto. Que el pasado día 11 de agosto se presentó en el Registro de la Propiedad de Alcalá la Real instancia suscrita por Don Francisco Javier Torres Lanagran solicitando nueva calificación registral, la cual fue objeto de presentación a las 11,13 horas del citado día, bajo el número 1.595 del Diario 80. Se acompañaba a la referida instancia la siguiente documentación por fotocopia, escritura presentada y su nota de calificación, solicitud de indicación del registrador sustituto, y resultado de la consulta efectuada al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España sobre el cuadro de sustituciones, habiéndose realizado al día siguiente de la presentación de la instancia comunicaciones previstas en el R.D. 1.039/2003 al Sr. Secretario del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y al Sr. Registrador Propiedad Interino de Mancha Real, requiriendo de este último la remisión del orinal del título calificado y la información registral completa del historial jurídico de fincas, para el adecuado ejercicio de la función calificadora. Quinto. En la citada escritura objeto de nueva calificación se realizan las siguientes operaciones: 1.º Don Francisco Javier Torres Lanagran y la entidad mercantil Industrias El Ángel Jaén S.A. pactan que se sustituya la obligación de entrega del precio, de la venta efectuada en la escritura otorgada ante el Notario de Jaén Don Carlos Cañete Barrios el día 13 de junio de 2006 y por la que Don Francisco Javier vendió a la Mercantil una parcela de terreno situado en la calle Letraña, n.º 30, de Mancha Real, por la de entregar Industrias El Ángel Jaén, S.A. a Don Francisco Javier Torres Lanagran una serie de elementos (trasteros, local comercial, plazas de garajes y pisos viviendas), que aparecen debidamente descritos en la escritura, pertenecientes de la promoción que en los indicada parcela de terreno esta llevando a cabo la entidad mercantil Industrias El Ángel Jaén, S.A. 2.º Como consecuencia de lo nuevamente acordado califican el contrato celebrado como permuta. 3.º La sociedad Industrias El Ángel Jaén, S.A. se obliga a entregar los referidos elementos, totalmente terminados y en condiciones de uso, en un plazo máximo que terminara el día 30 de junio de 2009. Sexto. Que una vez recibida, el pasado día 28 de agosto, la documentación e información solicitada del Registro de la Propiedad de Mancha Real, se practica la nueva calificación dentro del plazo de quince días previsto en el número 4 del artículo 6 del mencionado R.D. 1.039/2003 por el que se regula el derecho de los interesados a instar la intervención del registrador sustituto. Fundamentos de Derecho: Primero. Que en un sentido genérico puede llamarse «contrato de cesión de solar a cambio de obra futura», a aquel en que el propietario de un solar cede determinados derechos sobre el mismo a cambio de una contraprestación futura, que se determina por referencia a la obra que el constructor se obliga a realizar sobre dicho solar. Este tipo de contrato suscita, entre otros problemas, el relativo al momento en que se produce la transmisión del dominio sobre la obra futura. Las dificultades para explicar cómo y cuándo se produce la adquisición por el cedente del dominio de los inmuebles derivan de la inexistencia física de los mismos en el momento de la cesión, cuestión que está íntimamente relacionada con la posibilidad de admitir un derecho real sobre cosa físicamente inexistente y por consiguiente con el carácter real u obligacional de los derechos del cedente del suelo sobre la obra futura. Segundo. Que en nuestro ordenamiento jurídico, rige el sistema del título y el modo (Art. 609 del Código Civil), en virtud del cual la transmisión de la propiedad y demás derechos reales exige además del contrato válido (título) la entrega del bien (modo o traditio), por consiguiente, en principio, se puede afirmar que para entregar algo es requisito imprescindible que exista, y por tanto en los contratos con objeto futuro la entrega y

consiguientemente la transmisión solo se produce una vez que el bien futuro existe. Sin embargo no podemos olvidar que nuestro ordenamiento admite formas de entrega abstractas o espiritualizadas en las que no es necesaria la entrega materia. ¿Qué ocurre cuando esta modalidad de contrato se documenta en escritura pública? Una forma de entrega reconocida expresamente en nuestro Código Civil es la denominada tradición instrumental en virtud de la cual se entiende que el otorgamiento de escritura pública equivale a entrega, salvo que de ella se derive lo contrario (art. 1.462.2 Código Civil). En este supuesto la interrogante que indudablemente tiene que plantearse es, si la escritura en la que se formaliza el contrato con objeto futuro tiene eficacia transmisiva. Tercero. Que la doctrina no es unánime en la respuesta. Hay autores que defienden la posibilidad de adquisición actual de un derecho real sobre el inmueble futuro, cumpliéndose el requisito de la entrega con la escritura pública. Para estos autores se debe tener en cuenta únicamente dos datos relevantes a efectos de entender que ha operado la equivalencia entre escritura y entrega: la voluntad inequívoca de los contratantes de transmitir y la determinación del objeto, cumplidos estos dos requisitos, el hecho de que el objeto de la compraventa sea o no materialmente poseible en el momento de la escritura debe permanecer al margen de la interpretación del artículo 1.462 del Código Civil y, en definitiva, lo relevante a efectos de entender vigente la presunción del artículo 1.462.2 del Código Civil no es que la escritura pública sea o no compatible con la puesta a disposición material de la cosa, sino que a través de aquélla, el titular del bien transmita las facultades dominicales sobre ella, sacándola de su patrimonio, añadiendo que ello es posible incluso antes de que la cosa llegue a existir o de que la entrega material se lleve a cabo. Para otro sector doctrinal resulta indudable que no es posible otorgar valor transmisivo a la escritura si el objeto es futuro. Los argumentos que se esgrimen son varios: los derechos reales no pueden, por su propia naturaleza, recaer sobre un objeto que no tenga entidad física actual, y por tanto tampoco se puede producir su transmisión, porque además no sería posible realizar la entrega, ni siquiera mediante la tradición instrumental, ya que la mención del carácter futuro del objeto en la propia escritura supone reconocer la imposibilidad de que se produzca la transmisión, operando así la previsión del artículo 1.462.2 del Código Civil, en virtud de la cual el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega «... si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario». Cuarto. Que tanto la tesis que defiende la eficacia transmisiva de la escritura pública en los negocios con objeto futuro antes de que éste tenga existencia, como aquélla que niega tal posibilidad, tienen reflejo tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que no se muestran unánimes en esta materia. En algunas ocasiones tanto el Tribunal Supremo, como también la D.G.R.N., alegan que si el contrato de cesión se documenta en escritura pública, opera la equivalencia establecida en el artículo 1.462.2 del Código Civil, se cumple el requisito de la traditio y el cedente es propietario de los inmuebles que le corresponden, aunque estos todavía no tengan existencia física; para ello han de cumplirse, fundamentalmente, los dos presupuestos antes señalados: La voluntad inequívoca de las partes de transmitir y la determinación del objeto. En apoyo de esta tesis pueden citarse las Sentencias de 14 de noviembre de 1997 y 18 de mayo de 1994, en las que el Tribunal Supremo reconoce la oponibilidad del derecho del cedente sobre los inmuebles desde el momento en que se otorga la escritura pública, tanto a efectos de tercería de dominio, como incluso a efectos de ejercitar la acción reivindicatoria. En parecidos términos se manifiesta D.G.R.N., que en su Resolución de 16 de mayo de 1996, nos dice que la cuestión que se plantea consiste en decidir si en el negocio realizado puede estimarse que a favor de la recurrente ha operado, desde el momento del otorgamiento de la escritura en la que se documenta el contrato y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto a los pisos o locales que ella adquiriría y la D.G.R.N. entiende que sí se produce el efecto transmisivo en virtud de la escritura en la que se documenta el negocio de cesión de solar por obra, sin que sea un obstáculo para ello el carácter futuro del objeto. Así mismo añade, en la citada resolución, que el requisito fundamental para que se produzca la tradición es la voluntad de transmitir, y, en este caso, es clara la intención de las partes de transmitir, ya que de

ningún otro modo se podría entender la expresión utilizada en el contrato, según la cual la entidad promotora se obligaba a entregar a la recurrente «las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta». La Dirección General ha vuelto a reiterar una doctrina similar en la Resolución de 5 de enero de 1999, en la que reconoce que por la escritura de permuta se ha producido el efecto traditorio. Sin embargo esa voluntad inequívoca de las partes de transmitir no resulta de las propias estipulaciones de la escritura calificada, ya que de una parte se nos dice en la estipulación primera que: «Los comparecientes pactan que se sustituya la obligación de entrega de dinero prevista en la citada escritura de 13 de junio de 2006, por la de entregar Industrias El Ángel Jaén, S.A. a Don Francisco Javier Torres Lanagran los elementos...», y de otra, en la estipulación cuarta, que «La sociedad Industrias El Ángel Jaén, S.A. se obliga a entregar los referidos elementos, totalmente terminados y en condiciones de uso, en un plazo máximo que terminara el día 30 de junio de 2009», sin que la declaración de haber abonado el I.V.A., creemos desvirtúe esta interpretación. La tesis que niega la eficacia transmisiva de la escritura pública en los negocios con objeto futuro, también aparece recogida en variadas Sentencias del Tribunal Supremo que, o bien, desestiman la tercería interpuesta por el cedente del solar o adquirente de piso en construcción por entender que la entrega no puede realizarse hasta que no esté terminada la construcción y entre tanto el contrato produce sus efectos propios inter partes, pero no existe transmisión dominical en favor del comprador (sentencias de 25 de octubre de 1988, 26 de noviembre de 1991, 15 de junio de 1992, 9 de marzo de 1994, 18 de septiembre de 1996 y 9 de octubre de 1997); o bien, consideran que la transmisión sólo se puede producir cuando los inmuebles existan físicamente, de manera que hasta que finalice la obra, el cedente del terreno sólo tiene un derecho de crédito frente al constructor de carácter puramente personal, lo que significa que el cedente sólo puede transmitir el derecho de crédito que tiende a exigir la entrega de los pisos o locales que le corresponden, pero no la propiedad de esos mismos pisos o locales (Sentencias de 12 de noviembre de 1992, que califica el contrato por el que el cedente del solar transmite a un tercero su derecho sobre un local del futuro edificio como una cesión de crédito, y la de 30 de octubre de 1989); o bien niegan la equivalencia de escritura y entrega, si no existe posesión efectiva en concepto de dueño por parte del tradens (sentencias de 1 de enero de 1992, 3 de septiembre de 1993, 31 de mayo de 1996). Quinto. Que llegados a este punto resulta del todo necesario hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de de 31 de enero de 2001, que ha declarado la nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, en su redacción dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulaba el denominado contrato de permuta de suelo por obra futura, que hasta la entrada en vigor del precepto impugnado carecían de una regulación positiva, por instaurando un cauce específico de acceso al Registro de la Propiedad de ciertos contratos de cesión de solar a cambio de obra, configurándose el derecho del cedente, en los supuestos contemplados en dicho artículo, como un derecho oponible erga omnes, o sea, de carácter real. Pues bien, el Tribunal Supremo, en el fundamento duodécimo de dicha Sentencia, considera que el precepto cuestionado es contrario al artículo 609 del Código Civil, que establece la necesidad de concurrencia de título y modo para la adquisición de los derechos reales, entendiendo que los tres primeros párrafos del citado precepto desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, lo que no es posible, en el supuesto contemplado en los tres primeros párrafos del artículo 13 del R.H., porque la cosa no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir. De este modo, el Tribunal está optando, por la teoría que exige la existencia del objeto para entender que se ha producido la entrega. Como expresamente recoge la sentencia: «Ni el significado de la traditio ficta, recogido en los artículos 1.462 y 1.463 del Código Civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan a estos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado (...) no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional...».

Sexto. Que con posterioridad a la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha matizado la doctrina mantenida en sus anteriores resoluciones de 16 de mayo de 1996 y 5 de enero de 1999, manifestando en el fundamento tercero de la Resolución de 13 de julio de 2005, que «se ha discutido mucho la naturaleza real u obligacional del derecho del cedente en el contrato de permuta del solar por una parte de la edificación futura. El artículo 13 del Reglamento Hipotecario, según la redacción que le dio el Real Decreto 1.867/1998, de 4 de septiembre, de acuerdo con la doctrina más autorizada, había optado por configurarlo como real sí se constituía como una comunidad especial el derecho consistente en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir que aparecieran descritos como exige la Ley de Propiedad Horizontal. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (Sala 3.ª) declaró ilegales los tres primeros párrafos de tal artículo 13, por entender que un derecho real no puede recaer sobre un objeto inexistente y porque dicha regulación reglamentaria alteraba el régimen legal de la propiedad consagrado por el artículo 609 del Código Civil. No obstante, como se ha dicho acertadamente, si en el contrato se establece una comunidad sobre el solar, no cabe duda de que tal comunidad sería inscribible, pues la copropiedad del solar es evidentemente un derecho real y recae sobre un objeto existente. Lo que ocurre en el presente caso es que no se establece ninguna comunidad sobre el solar, sino el derecho a una parte de lo construido que no consta que exista, y es claro que no cabe un derecho real sobre una cosa no existente aún, y tampoco se establece garantía real sobre la contraprestación pactada (párrafo final del citado artículo 13), que podría inscribirse de conformidad con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria». Séptimo. Que el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de abril de 2007, con relación a una tercería de dominio interpuesta por los cedentes en unos contratos de cesión de suelo a cambio de obra futura, manifiesta que no procede la tercería dominio, declarando no haber lugar al recurso de casación. En sus fundamentos derecho nos dice que la resolución de la controversia depende de la naturaleza que se atribuya al contrato celebrado el 19 de enero de 1994 y, por tanto, a sus consecuencias jurídicas. Según las demandantes recurrentes, se trata de unos contratos de permuta «*strictu sensu*», de manera que, al otorgarse en escritura pública, existe tradición instrumental, y consecuentemente, son título suficiente para la adquisición del dominio. El Tribunal Supremo, en cambio, considera acertada la calificación efectuada en la sentencia recurrida como contrato atípico, dado que los términos del contrato están claros y no dejan lugar a dudas sobre cuál fue la verdadera intención de los contratantes, independientemente del nombre que se haya usado. En las estipulaciones contractuales se ha querido desvincular la cesión del solar a la entidad C, S.L. (que tiene lugar en el acto de la firma de la escritura de 19 de enero de 1994, con efectos traslativos de la propiedad a favor de la citada mercantil), del derecho personal que ostentan las cedentes del terreno sobre las edificaciones, que están pendientes de construir, por lo que la entrega de la contraprestación, consistente en dos pisos, no puede tener lugar hasta que efectivamente la adquirente del solar cumpla con el compromiso asumido de edificar; así, a diferencia del contrato de permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración y pueden ser adquiridas por los permutantes, en esta modalidad contractual, hasta que se construya en el terreno no se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión a las demandantes, cedentes del suelo, como justa contraprestación, siendo después de su entrega cuando se produzca la adquisición del dominio. A mayor abundamiento el Tribunal Supremo reitera la doctrina anterior en sentencia de 14 de junio de 2007. Parte el Tribunal Supremo del sistema de título y modo vigente en nuestro sistema jurídico, de modo que no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien ésta cabe en formas espiritualizadas, como es, conforme al artículo 1.462.2, mediante el otorgamiento de escritura pública, si de la misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario. El contrato de permuta de suelo para construir, a cambio de superficie edificada (pisos o locales), presenta la característica de ser generador de la obligación de entrega de una cosa futura, por lo que, aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales

entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o «traditio». Es un contrato atípico, diferente al de permuta de bienes presentes, en que las cosas a intercambiar existen y están determinadas desde su celebración y pueden ser adquiridas ya entonces por los permutantes. La entrega necesaria para la adquisición del dominio (modo) sólo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda a los permutantes. Octavo. Que el artículo 9 del Reglamento Hipotecario establece que no son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento, o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley. Por su parte el artículo 13 del mismo reglamento dispone, tal como aparece redactado tras la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, que el régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin 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. De conformidad con lo establecido en el número 5 del artículo 19 Bis de la Ley Hipotecaria, no cabe recurso alguno contra la presente calificación, sin perjuicio de interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado contra la calificación efectuada en su día por el Sr. Registrador Interino de Mancha Real. Dicho recurso deberá interponerse en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la presente nota, mediante escrito dirigido al Registro de la Propiedad de Mancha Real o a cualquiera de las Oficinas a que se refiere el párrafo tercero del artículo 327 de la Ley Hipotecaria, con arreglo a los trámites establecidos en los artículos 324 y siguientes de la citada Ley. Alcalá la Real a 4 de septiembre de 2008. Fdo. José Carlos Navajas Fuentes».

IV

Contra la anterior nota de calificación y su confirmación por calificación sustitutoria, Don Hipólito Marín Hortelano, en nombre y representación de Don Francisco Javier Torres Lanagrán, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 9 de octubre de 2008, en base entre otros a los siguientes argumentos: que la calificación denegatoria se basa de manera principal en las vicisitudes habidas en la redacción dada al artículo 13 del Reglamento Hipotecario por RD 1867/1998, de 4 de septiembre, y la posterior declaración de nulidad del mismo efectuada por Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (sala Tercera) que declaró nula la redacción contenida en los tres primeros apartados de dicho precepto por falta de rango normativo suficiente; en base a dicha declaración jurisprudencial concluye la calificación con la que discrepamos en que la permuta de cosa presente por obra futura sólo puede configurarse con carácter puramente obligacional; sin embargo, este negocio jurídico existente y válido en la legislación española, que aunque carente de regulación específica en nuestro Derecho es perfectamente lícito al amparo del artículo 1255 del Código Civil, y puede conformarse con un efecto traslativo del dominio o con un contenido puramente obligacional. Buena prueba de ello es que la propia Dirección General había reconocido su existencia y validez legal y había permitido su inscripción en numerosas ocasiones con anterioridad a la nueva redacción dada al artículo 13 del Reglamento Hipotecario por RD 1867/1998, de 4 de Septiembre. El Tribunal Supremo decretó la nulidad de la regulación contenida en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario habida cuenta del insuficiente rango normativo, pero no declaró, ni lo pretendió nunca, expulsar el contrato de permuta de cosa presente por obra futura con efecto traslativo en nuestro Derecho, cuya validez, ya mucho antes, había sido reconocida por nuestro

ordenamiento. Es más, siendo una cuestión civil, la sala tercera de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo sólo pudo pronunciarse como cuestión prejudicial con alcance limitado a ese recurso contencioso administrativo, pero si efectos fuera del proceso. La afirmación del Registrador de que a partir de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, sólo se puede configurar con carácter puramente obligacional, carece de apoyo jurídico suficiente y contraviene la doctrina sobre el particular consagrada por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado.

V

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

Fundamentos de Derecho

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

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

2. Este Centro Directivo (véase resoluciones señaladas en los vistos) ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de configurar la permuta de solar sobre obra futura, tanto con carácter obligacional, como con eficacia real, determinante de la transmisión actual de los pisos y locales en el edificio a construir en la medida que se genere una comunidad sobre el solar, y siempre que la escritura pública de permuta determine la transmisión actual, pues en tal caso equivale a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical (cfr. artículo 1462 Código Civil).

3. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (Sala 3.ª) declaró ilegales los tres primeros párrafos de tal artículo 13 del Reglamento Hipotecario, por entender que un derecho real no puede recaer sobre un objeto inexistente y porque dicha regulación reglamentaria alteraba el régimen legal de la propiedad consagrado por el artículo 609 del Código Civil. Pero esto no excluye que, como se ha dicho anteriormente, si en el contrato se establece una comunidad sobre el solar, no cabe duda de que tal comunidad sería inscribible, pues la copropiedad del solar es evidentemente un derecho real y recae sobre un objeto existente.

4. Sin embargo, en el supuesto de hecho de este expediente, claramente se establece en la escritura de rectificación —en su cláusula primera— «la sustitución de la obligación de

entrega en dinero por la de entregar los elementos» que en dicha escritura se expresan y –en la cláusula cuarta– la sociedad constructora «se obliga a entregar los referidos elementos totalmente terminados», por lo que del tenor del contrato resulta que las partes lo han configurado con carácter puramente obligacional, sin que se garantice con ningún tipo de garantía real la contraprestación. No resulta de la escritura la traditio instrumental o jurídica de los pisos o locales a construir ni por ende la creación de una comunidad sobre el solar. Por lo que fue correcta la actuación del registrador al inscribir la transmisión del terreno, denegando ahora la inscripción de la rectificación por la que se sustituye la contraprestación de pago de dinero por la entrega de pisos o locales en el edificio a construir, por su carácter puramente obligacional (artículos 98 LH y 9 del Reglamento).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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

Madrid, 7 de mayo de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.