

Piso futuro y viviendas acogidas

SUMARIO: I. LA AGRUPACIÓN DE PROMOTORES Y LA TUTELA DE SU DERECHO SOBRE EL PISO FUTURO: A) *Convenios sobre los efectos jurídicos de la accesión industrial: a) Concesiones recíprocas de derecho de superficie. b) Concesiones recíprocas de derecho de vuelo. c) Convenios relativos a la accesión industrial. d) Convenios sobre constitución de propiedad horizontal sobre el futuro edificio.* B) *Convenios sobre la comunidad que surja del futuro edificio: a) Comunidad con precontrato de división futura. b) Comunidad con pacto de división actual del edificio a construir.* C) *Sociedad civil particular regular o irregular cuyo objeto es el edificio a construir.* D) *Nuestra postura: La relación preliminar o situación jurídica interina de naturaleza real.*—II. PERMUTA DE SOLAR POR LOCALES DE NEGOCIO O PISOS A CONSTRUIR SOBRE ÉL: A) *Validez y efectos de este contrato.* B) *Permuta de solar a cambio de titularidad preventiva de naturaleza real sobre pisos o locales a construir sobre él.* C) *Posibilidad de obtener la calificación provisional con cualquiera de los contratos anteriores: a) Locales de negocio a construir. b) Pisos futuros.* III. VENTA DE PISOS FUTUROS: A) *Requisitos para obtener la autorización.* B) *Contenido de los contratos.*

El piso en la dinámica del Derecho presenta tres modalidades netamente diferenciadas: El piso proyectado o futuro, el piso en construcción y el piso acabado o simplemente piso, distinguidas con claridad meridiana en el artículo 8.º, núm. 4.º de la Ley Hipotecaria vigente.

Nuestro trabajo se limita al estudio de los negocios jurídicos cuyo objeto es un piso o local de negocio meramente proyectados o futuros e integrantes de un edificio acogido o protegido.

En la legislación de Viviendas de Protección Oficial (en adelante V. P. O.) el piso futuro juega primordialmente en tres supuestos: Agrupación de promotores individuales; permuta de solar por piso futuro a efectos de la calificación provisional; y venta de piso futuro a efectos de percibir anticipadamente parte del precio.

Nuestro propósito es configurar la titularidad del piso futuro, no como un derecho subjetivo de crédito, porque esta cuestión está resuelta en nuestro Código civil y, además, es ajena al Registro de la Propiedad, ni como un derecho subjetivo real porque falta el objeto, sino como una titularidad provisional, precursora de una situación definitiva y jurídico-real.

I

LA AGRUPACIÓN DE PROMOTORES Y LA TUTELA DE SU DERECHO SOBRE EL PISO FUTURO

Los apartados a) de los artículos 6.º del texto refundido y revisado de Viviendas de Protección Oficial (en adelante T. R. R. de V. P. O.) y 22 de su Reglamento (en adelante R.) disponen:

«Podrán ser promotores de 'Viviendas de Protección Oficial':

a) «Los particulares que, individualmente o agrupados, construyan viviendas para sí, para cederlas en arrendamiento o para venderlas.»

La nueva legislación refunde en un solo apartado la regulación de los particulares como promotores.

Pueden promocionar individualmente o agrupados. El primer caso no plantea cuestión. En el segundo los promotores deben constituir una comunidad sobre el solar, es decir, deben ser copropietarios del mismo, bien por compra, herencia y adjudicación *pro indiviso* o donación.

La copropiedad es presupuesto para obtener la calificación provisional, no la aprobación de la solicitud inicial.

La construcción pueden hacerla directamente, por administración, o mediante el oportuno contrato de empresa u obra.

El edificio construido pertenece a los copropietarios *pro indiviso* por accesión industrial. De ahí, que si la constitución de la propiedad por pisos la constituyen después de concluido el edificio o cuando está en construcción no se plantee cuestión alguna.

El problema que plantea la doctrina es el de la división por

pisos del edificio y no una vez terminado o en construcción (1), sino cuando ésta no se ha iniciado aún, es decir, cuando el objeto de la llamada propiedad horizontal es un edificio futuro o a construir.

Estamos frente a uno de los tipos de los negocios sobre cosas futuras y concretamente sobre edificio futuro, que recientemente ha inquietado a la doctrina, no sólo en esta modalidad, sino en otras que serán estudiadas más adelante, al tratar de la permuta de solar por piso a construir y del percibo anticipado del precio de la venta (2).

Las soluciones que se han formulado (3) y que en breve síntesis vamos a exponer y criticar sistemáticamente en cuatro grupos. El primero, se centra en convenios sobre la accesión industrial; el segundo, en convenios sobre la copropiedad; el tercero en contratos de sociedad; y el cuarto en las relaciones preliminares, titularidades provisionales o expectativas jurídicas.

(1) La división por pisos de un edificio en construcción hay que equipararla al construido y así lo entiende el artículo 8.º, párrafo 1.º de la L. H., reformado por la L. 49 de 21 de julio de 1960.

(2) La bibliografía es abundante: BONET CORREA, *La servidumbre a favor de edificio y la adquisición de apartamentos en edificio a construir*, «R. D. N.», julio-diciembre 1961, págs. 247-282; MACHADO CARPENTER, *La servidumbre en beneficio de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir*. Publicado en «Estudios de Derecho privado» dirigidos por ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, editorial «R. D. Priv.», Madrid, 1962, págs. 402 y sigs.; BATISTA-MONTERO-RÍOS, *Las servidumbres en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir*, «R. D. Priv.», marzo de 1962, páginas 189-200; CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963; LUCAS FERNÁNDEZ, *Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que se construyan*. Ponencia presentada en el Colegio de Albacete el 3 de marzo de 1963; VENTURA TRAVESET Y GONZÁLEZ, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Bosch, Barcelona, 1963; MONEDERO GIL, *Presupuestos y origen de la propiedad horizontal; aportación de solar; «actio communi dividundo»; contrato de ejecución de obras*, Prêtor, 1964, núm. 21, págs. 37-60; MONET Y ANTÓN, *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 y editada en Valencia en 1967; FONT BOIX, *El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal*, «R. D. N.», julio-diciembre de 1967, págs. 7 y sigs. En Derecho italiano tenemos dos interesantes obras de PERLINGERI, «Rapporto preliminare e servitù» su «edificio da costruire», Nápoles, Jovene, 1966, «e I negozi su beni futuri. La compravendita di cosa futura», Jovene, Nápoles, 1962.

(3) Una síntesis de la mayor parte de ellas puede verse en MONET ANTÓN, obra cit., págs. 21 y sigs.

A) *Convenios sobre los efectos jurídicos de la accesión industrial.*

Revisten estas modalidades:

a) *Concesiones recíprocas de derecho de superficie sobre los pisos a construir a favor de los futuros propietarios.*

Esta posición encuentra obstáculos insuperables, como son: el derecho real de superficie es indudable que puede concederse a quien va a ser propietario de la primera planta, porque se asienta sobre el suelo, sobre la superficie, pero el de la segunda y sucesivas tiene su base en el derecho de superficie del superficiario de la primera planta o de las plantas inferiores y si no lo ejerce, aunque se haya obligado, el ejercicio del derecho por los concesionarios de las plantas segunda y ulteriores queda real y literalmente en el aire, ¿cómo van a construir? ¿sobre qué van a apoyar su construcción? Además, el derecho concedido a los futuros propietarios de las ulteriores plantas, no sería de superficie, porque este derecho por esencia se apoya en el suelo. En el Derecho alemán y en el suizo se prohíbe la superficie sobre pisos y con más razón sin la existencia aún de éstos, ya que sería un derecho, cuyo ejercicio no puede hacerse y depende de que lo ejerciten los de las plantas inferiores y no como un derecho individual, sino más bien comunitario, ya que no podrían apoyar.

b) *Concesiones recíprocas de derecho de vuelo.*

El convenio sobre el derecho de vuelo es otra modalidad también inadmisibles. En primer lugar el del futuro propietario de la primera planta sería de superficie y los derechos de los de las ulteriores serían de vuelo, sobre elevación o levante. El derecho de vuelo tiene como objeto la construcción sobre un piso ya construido y entonces puede ejercitarse, lo mismo que el de superficie sobre el suelo, más faltando el piso, hoy no puede construirse otro superior apoyándose en el aire. Las mismas objeciones que hemos expuesto a la configuración del derecho sobre los diferentes y

futuros pisos como derecho de superficie las reproducimos aquí. Ya se que hay gran confusión en este punto, incluso en el artículo 16 del R. hipotecario reformado, donde se confunden los derechos de vuelo y superficie e incluso aparentemente en el artículo 8.º, 4.º de la L. H. que habla de pisos meramente proyectados, el cual hay que matizar.

c) *Convenios relativos a la accesión industrial.*

Lo mismo hay que afirmar de los convenios relativos a la accesión industrial, pues en el fondo y en esencia las dos explicaciones anteriores cristalizan en convenios sobre la accesión industrial, impidiendo que ésta despliegue sus efectos jurídicos, o sea, que lo construido ceda en propiedad al dueño del suelo, conforme al aforismo «superficies solum cedit», que consagra el C. C. en sus artículos 353 y 359, éste en relación con el 358, principalmente, constituyendo el derecho de superficie y el auténtico derecho de vuelo sendas excepciones (4), juntamente con la hoy importantísima por su frecuencia llamada propiedad horizontal de casas por pisos o copropiedad por pisos.

d) *Convenios sobre constitución de propiedad horizontal sobre el futuro edificio.*

La postura que pretende resolver la edificación por los promotores agrupados sobre un solar que pertenezca en copropiedad a los mismos mediante un convenio que constituya la propiedad horizontal, es de un lado un convenio modalizador de la accesión y de otro, extintivo de una copropiedad *pro indiviso*, participando en este último aspecto de las teorías comunitarias que encuadramos en el segundo grupo. La objeción o el obstáculo para la validez de este convenio constitutivo de la propiedad horizontal reside en

(4) No debe olvidarse que el derecho de vuelo es en nuestro Derecho positivo un elemento común y pertenece a los copropietarios del edificio, porque para nosotros la llamada propiedad horizontal es una copropiedad «pro indiviso», no «pro indiviso» ni propiedad singular o normal.

la posibilidad de un derecho real sin objeto actual, o sea cuyo objeto es una cosa futura, el edificio a construir. Superado este obstáculo, lo cual pretendemos más adelante, esta teoría puede ser la mejor explicación jurídica de este fenómeno de bastante frecuencia en la práctica (5) indudablemente muy superior a las que pretenden explicarlo por vía del derecho de superficie o del derecho de vuelo, que poco tienen que ver con el derecho del copropietario sobre su piso.

B) *Convenios sobre la comunidad que surja del futuro edificio.*

Estos convenios tienen tres modalidades y su objeto es no sólo impedir la copropiedad *pro indiviso* sobre el edificio, sino también regular la llamada propiedad horizontal del mismo.

a) *Comunidad con precontrato de división futura.*

Los promotores agrupados pactan la indivisión durante la comunidad y, además, agregan un pacto que concluida la edificación se procederá a la división. El pacto es un precontrato vinculándose a la división en propiedad horizontal del edificio una vez terminado.

En rigor no estamos ante una comunidad de bienes, ni una comunidad especial ni, en cierto modo, ante una comunidad dinámica y societaria, que es expresión equívoca, sino frente a una verdadera sociedad particular, civil y regular o irregular, ya que, además del solar, hay aportaciones de los promotores agrupados bien en metálico, precio del contrato de empresa u obra, bien en especie, materiales y trabajo, etc., lo que constituye una prestación típica del contrato de sociedad.

Por otra parte, el pacto de división futura del edificio debe reunir los requisitos del contrato en cuanto a la determinación de

(5) Es la posición de MONET Y ANTÓN, ob. cit., págs. 43 y sigs., sin embargo, quien con más claridad ha visto este obstáculo ha sido MONEDERO GIL (Ob. citada, págs 359 y sigs.), quien acude para salvarlo a la tesis de RUBINO sobre los negocios anticipados que define así: «Aquellos en los que la manifestación de la voluntad se produce antes de la concurrencia de otros elementos típicos del negocio que normalmente la preceden».

su objeto. Si los reúne será vinculante para las partes, más en este caso el supuesto es semejante al que estudiamos a continuación, acudiendo al precontrato en lugar del contrato, y en ambos casos dividiendo actualmente el edificio futuro. Si el pacto no reúne los requisitos del precontrato no es vinculante.

El problema primordial que plantean es, si puede ser objeto de derecho real un bien futuro, el edificio a construir y que los defensores de la tesis no se plantean.

b) Comunidad con pacto de división actual del edificio a construir.

Los promotores agrupados celebran el convenio dividiendo el edificio por pisos antes de construirlo, de modo que sólo quieren construir en común y fijando anticipadamente la división del edificio para el momento en que esté construido.

Las objeciones que hemos puesto a la teoría anterior son aplicables a ésta.

C) Sociedad civil particular regular o irregular cuyo objeto es el edificio a construir.

Una explicación que supera los obstáculos de las anteriores es la constitución por los promotores agrupados de una sociedad en la que aporten su respectiva cuota en el solar y la parte proporcional en el precio del contrato de empresa u obra o materiales, trabajo, etc., y en el que se pacten al amparo del artículo 1.708 del C. c. como causa de su extinción la conclusión del edificio y se fijen las reglas de adjudicación de los pisos.

La sociedad es una sociedad civil particular prevista en el artículo 1.678 del C. c. cuyo objeto es una empresa señalada o una cosa determinada; v. gr. la construcción del edificio.

Será regular, si se otorga en escritura pública, ya que se aportan inmuebles, conforme al artículo 1.667, e irregular en caso de no otorgarse en escritura pública (6).

(6) Sobre sociedades irregulares véase GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, «A. D. C.», octubre-diciembre de 1951, págs. 1.291-1.347 y *Los conceptos*

La determinación en el acto constitutivo de la sociedad del momento de su extinción, por conclusión de su objeto, no es necesaria, pero sí es muy importante la fijación de las reglas de liquidación y adjudicación, lo cual es perfectamente viable y tiene su carta legal en el artículo 1.708 del C. c. presentando grandes analogías con la partición hecha por el testador.

En el caso de sociedad regular se inscribirá el solar a nombre de la sociedad y con la declaración de obra nueva los pisos a nombre de los socios de acuerdo con las reglas de adjudicación contenidas en la escritura social.

Si la sociedad es irregular figurará inscrito el solar a nombre de los promotores agrupados y con la declaración de obra nueva se hará la división por pisos de acuerdo con lo estipulado en el contrato de sociedad, que servirá para exigirse recíproca y judicialmente los promotores su cumplimiento.

Ambas fórmulas son legales, pero la primera, además de desorbitada para la consecución de sus fines, plantea problemas en relación con el contrato de concesión de beneficios y las calificaciones provisionales y definitivas, por lo que es rechazable, lo mismo que la segunda, en que el contrato privado de sociedad civil irregular tiene que permanecer oculto, y si fuese preciso elevarlo a escritura pública para exigir su cumplimiento a alguno de los promotores plantearía los mismos problemas prácticos. Pero hay más, creemos que es superfluo acudir al contrato de sociedad para configurar una situación jurídico real sobre un bien futuro.

D) *Nuestra postura: La relación preliminar o situación jurídica interina de naturaleza real.*

La copropiedad *pro diviso* por pisos de un edificio es una relación jurídico real, cuyo objeto es precisamente el edificio.

y tipos de sociedades de los Códigos civil y de comercio y sus relaciones, Centenario de la L. del Notariado, vol. 4.º, secc. 3.ª, I. E., Reus, Madrid, 1963, páginas 88 y sigs.; ORTEGA PARDO, *Sociedad civil irregular*, «A. D. C.», enero-marzo de 1951, págs. 311 a 320; PUIG BRUTAU, *Notas a la obra de Serik: Apariencia y realidad en las Sociedades mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958, págs. 305 a 311; HEMARD, *Des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, París, 1926. Especialmente, RICCA, LUCIO, «*Sui cosidetti rapporti contrattuali di fatto*», Milán, Giuffrè, 1965, págs. 79 y sigs.; BERTI, «*Sui cosidetti rapporti contrattuali di fatto*», Ius., 1957, págs. 353 y sigs.

Faltando el edificio no puede haber división por pisos ni derecho real, porque carece de objeto y sin objeto no hay derecho real (7) ni derecho subjetivo, ya que la esencia de este es que el interés tutelado pueda actualizarse inmediatamente y en nuestro caso es imposible.

Mas entre el derecho subjetivo y la inexistencia del derecho hay una serie de estadios intermedios, ya que muchas veces el derecho no surge inmediatamente por no aparecer simultáneamente sus elementos, sujeto, objeto y poder o contenido.

La teoría del negocio anticipado trata de resolver este problema como hemos reseñado antes en nota (8), lo mismo ocurriría con la teoría del derecho eventual o futuro de la doctrina francesa, con la de las expectativas jurídicas y la de las situaciones jurídicas interinas, la cual hemos aceptado nosotros (9) siguiendo a DE CASTRO (10) y que vamos a aplicar a este caso.

Principiaremos por resaltar que la construcción de los negocios jurídicos sobre bienes futuros en el campo de los derechos de crédito, no plantea cuestiones y tiene carta de naturaleza en el artículo 1,271 del C. c.: "Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras" y que su construcción en el campo de los derechos reales, hay que descartar la configuración como derecho subjetivo real, o sea, como titularidad definitiva y plantear la cuestión de si es posible su construcción como titularidad provisional, o sea, como situación jurídica interina (11).

(7) En la hipoteca del derecho de superficie constituida antes de iniciarse la construcción del edificio, el objeto de la hipoteca es el derecho de superficie, es un caso de derechos sobre derechos. En este sentido BRONDI, *Los bienes, traducción de* ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Barcelona, Bosch, 1961, págs. 56 y 256 y sigs.

(8) Véase la nota 5.

(9) Véanse nuestras monografías: *Formalismo jurídico y documento notarial*, «R. D. N.», abril-junio de 1962, págs. 41 y sigs. y *La disposición conjunta de los coherederos y el tracto sucesivo registral*, «R. D. N.», julio-diciembre de 1965, págs. 119 y sigs., 133 y sigs.

(10) Derecho civil de España Parte general. Madrid, I. N. E. J., vol. I. páginas 606 y sigs.

(11) Nuestra tesis se apoya en la teoría general de DE CASTRO, ob. cit., volumen I, págs. 600 y sigs. y se inspira en este caso concreto en PERLINGIERI, «Rapporto preliminare...», cit., págs. 79 y sigs., especialmente, donde desarrolla su tesis de la relación preliminar de servidumbre contraponiéndolas a la relación de servidumbre, o sea, con una contraposición semejante a la de titularidades provisional y definitiva.

El primer problema a resolver es, si el interés del futuro propietario en la determinación del piso a construir, que ha de constituir el objeto de la relación de propiedad es digno de tutela. Esto para nosotros es evidente, se trata de un interés que no puede merecer una tutela definitiva, porque la técnica jurídica no puede admitir la construcción de un derecho subjetivo sin objeto actual, más si no es admisible y tutelable un derecho subjetivo real con objeto futuro, el piso a construir, el hecho de que el futuro propietario quiere concretar antes de la construcción el mismo, es una pretensión digna de tutela, pero de tutela provisional.

Esta situación jurídica es, por tanto, protegible, aunque no de manera definitiva, o sea, por medio de un derecho subjetivo, precisamente, porque falta su objeto actual.

Su tutela como derecho de crédito ya hemos afirmado que no plantea dificultad, mas tampoco es una tutela importante por impedirlo la relatividad del contrato. El efecto primordial que se pretende alcanzar, es precisamente la eficacia absoluta o «erga omnes», que se puede lograr si esta relación preliminar o titularidad provisional sobre el piso a construir puede inscribirse en el Registro de la Propiedad.

La inscripción en éste de situaciones jurídicas interinas o titularidades provisionales, es admitida sin reparos, siempre que la situación definitiva o derecho subjetivo a que tienden sea de naturaleza jurídico-real e inmobiliaria. Así ocurre con los derechos de los fideicomisarios a plazo y condiciones de residuo (12), con los derechos sujetos a condición sea suspensiva o resolutoria, que tutelan los derechos de los destinatarios de los bienes en caso de cumplimiento de la condición (13), de los reservatarios (14), etcétera, mas en todos estos supuestos el objeto del derecho existe, lo indeterminado es el sujeto, sin embargo, de ellos se desprende que la situación interina participa de la misma naturaleza jurídica que la definitiva a que tiende, es decir, que la relación jurídica preliminar de una situación definitiva jurídico real es también de la misma naturaleza y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad, tiene acceso al mismo.

(12) Artículos 14 de la L. H. y 84 del R. H.

(13) Artículo 9.º, 2.ª de la L. H. y 51-6.ª del R.

(14) Artículos 184 de la L. H. y 259 y sigs. de su R.

No obstante, hay un caso de tutela de situaciones en que falta el objeto y, precisamente, referente a nuestro caso. El artículo 8.º de la L. H. dice: «Se inscribirán como una sola finca y bajo un mismo número. .: cuarto. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada... *En la inscripción del solar... se harán constar los pisos meramente proyectados*». Luego al amparo de este inciso los promotores agrupados pueden inscribir los pisos que proyecten y a favor de sus futuros propietarios.

Para ello deberán presentar la escritura pública donde pacten la adjudicación de los futuros pisos que proyecten. Hecha la declaración de obra nueva automáticamente los pisos se inscribirán a favor de sus adjudicatarios, si los proyectos coinciden con los pisos construidos, en otro caso, previas las pertinentes adaptaciones, pues la escritura donde se pacte la adjudicación será una escritura de división de casa por pisos hecha sobre el plano del edificio y no sobre la realidad de éste, la cual la reflejará la escritura de declaración de obra nueva del mismo.

Pretender aplicar el artículo 8.º a la inscripción de los pisos que proyecte el propietario único o los copropietarios sobre el solar sin pacto de adjudicación de los pisos, es inadmisibile, ya que no hay ningún interés que no esté ya tutelado. En el caso del propietario único, porque el mecanismo de la accesión industrial tutela suficiente e íntegramente su derecho sobre el edificio futuro y sus diferentes pisos, lo mismo que en el caso de la copropiedad, de un lado y de otro llevar al Registro estas manifestaciones asertorias discordantes con la realidad es contrario a la función de éste, cuyos libros deben ser reflejo de la realidad jurídica extrarregistral, que en este caso reflejarían el pensamiento o proyecto de edificio sobre un solar inscrito de su propietario o copropietario.

Cuestión distinta acontece 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 que el artículo 8.º, 4º de la L. protege con la pertinente inscripción.

II

PERMUTA DE SOLAR POR LOCALES DE NEGOCIO O PISOS A CONSTRUIR SOBRE ÉL

Los problemas que plantea son: validez y efectos del contrato de permuta; posibilidad de anticipar los efectos reales respecto del local o piso a construir, y posibilidad de lograr con este título las calificaciones provisionales y definitivas.

A) *Validez y efectos de este contrato.*

La validez del contrato de permuta no plantea cuestión, se trata de un cambio de cosa actual (solar) por cosa futura (piso o local a construir) que al amparo del artículo 1.271 del C. c. pueden ser objeto del contrato.

El promotor adquirirá el solar por permuta y lo inscribirá en el Registro de la Propiedad a su nombre, la otra parte adquiere un crédito de cosa determinada y futura (el local o piso a construir) que le adeuda el promotor.

Los efectos, si el piso o local se construyen de acuerdo con lo pactado, no hay cuestión, más hay que prevenir el evento no sólo del fracaso de la construcción, sino de la pérdida del solar por deudas del adquirente. La condición resolutoria y negativa, cuyo objeto sea la no construcción del piso en los plazos y forma convenidos, es una solución, o sea, el incumplimiento de la prestación a que se obliga el promotor. Esto tiene en cierto modo carta de naturaleza en el párrafo último del artículo 11 de la L. H. y 58 de su R.

B) Permuta de solar a cambio de titularidad preventiva de naturaleza real sobre pisos o locales a construir sobre aquél.

Otra posibilidad de asegurar la construcción y entrega del piso o local es configurar la relación jurídica entre el promotor y el dueño del solar, en el campo de los derechos reales (15). Aquél adquiere el solar por el contrato de permuta, que es su título adquisitivo unido a la tradición, y confiere sobre el mismo una titularidad preventiva sobre uno de los pisos o locales a construir al otro permutante la cual indudablemente repercute en la propiedad del solar que no es por ella propiedad, sino copropiedad, ya que el solar es elemento común del edificio a construir y los dueños actuales y en su día los futuros, o como nosotros sostenemos en este caso, los dueños futuros de los pisos (incluido el permutante adquirente del solar) tienen en él una cuota igual al valor que se asigna a sus pisos o locales, pero no tutelada por un derecho subjetivo o titularidad definitiva, sino por una titularidad preventiva que en su día y en su caso, provocará automáticamente la comunidad y las cuotas que ahora se limita a insinuar o señalar sobre la propiedad del solar, no a desgajar en copropiedad. Esta titularidad preventiva es análoga a la que tienen los copropietarios de los edificios divididos por pisos y destruidas ínterin se reconstruye el edificio.

Esta titularidad preventiva sobre el futuro piso o local repercute como decimos 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, sobre el que existe una titularidad preventiva:

(15) La constitución de una Sociedad civil regular, en la que el promotor aporte la obra y el dueño del solar éste, con pacto de división horizontal del edificio a construir y de adjudicación de los pisos y locales plantea inconvenientes, como hemos visto antes.

idéntica a la que hemos explicado al estudiar la agrupación de promotores y donde nos remitimos (16).

Si la relación preliminar o la titularidad preventiva no deviene, en definitiva, en el caso de subordinar la permuta a condición resolutoria se previenen las consecuencias jurídicas y en el caso de configurarla como hacemos ahora, no, pero la cuestión tiene fácil solución previniendo en el contrato una resolución en forma de condición resolutoria, pena, en la correspondiente cláusula penal u otra clase de indemnización en el pacto pertinente; de ahí las ventajas de esta construcción que admite más variedades que la anterior.

C) Posibilidad de obtener la calificación provisional con cualquiera de los contratos anteriores.

En cuanto a las posibilidades de obtener con cualquiera de los títulos anteriores las calificaciones provisionales y definitivas, es preciso distinguir no sólo los locales de negocio de los pisos, sino también diferenciar éstos según su régimen.

a) Locales de negocio futuros.

En el caso de que el cambio de solar sea por local de negocio (17) no vemos otro obstáculo, que el de la observancia en su situación y superficie de lo dispuesto en la legislación vigente. La venta y alquiler de los locales de negocio será libre (art. 28, párrafo penúltimo del T. R. y R.), pero esta expresión raquítica, como dijimos, no tiene otro sentido que el de proclamar que la disposición de los locales de negocio es libre, no afecta al contrato de promoción de concesión de beneficios, que se pueden vender, permutar, donar, arrendar, ocupar el propietario, etc. (18).

Si el edificio no se construye, el I. N. V. podrá exigir al promotor la construcción amparado en el contrato administrativo que reseña la cédula de calificación provisional o denegarle la califi-

(16) Véase el título anterior.

(17) No se plantea este supuesto MONET ANTÓN, ob. cit., págs. 70 y sigs.

(18) Obsérvese que no pueden transformarse en viviendas, porque habría alteración del uso, como diremos más adelante, conforme al artículo 108 del R.

cación definitiva; más el título, aducido por el promotor no es causa ni obstáculo para negar la calificación provisional, porque ese problema se le plantea con cualquier promotor y con cualquier título que le exhiban.

b) *Pisos a construir.*

Respecto de los pisos hay que distinguir el destino. Si se concedieron los beneficios para que el promotor arriende, no hay duda que no debe concederse la calificación provisional, porque si no puede venderlos, en principio, menos aún podrá permutarlos y anticipadamente.

Lo mismo hay que afirmar en el caso de que su destino sea uso propio, lo que será difícil.

Si su destino es venta, nuestra postura es afirmativa (19). Nos fundamos no en el artículo 114 del R. que admite explícitamente la venta del piso futuro, si bien después de la calificación provisional, lo que en nuestro caso no ocurre, porque el contrato ha de ser anterior a dicha calificación, sino en el anticipo de comunidad que la titularidad preventiva provoca sobre el solar (lo aproxima en cierto aspecto al supuesto de agrupación de promotores, lo que es de indudable viabilidad y validez, si el promotor es una persona física, pero lo separa que el futuro propietario del piso no es promotor, si bien en este caso la adjudicación del piso o pisos al futuro propietario del piso está exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales) pero en nuestro caso se cuenta como primera transmisión y no gozará de exención la transmisión que él haga. Hay, sin embargo, una limitación, que no puede existir en locales de negocio (20) y es que el valor que tengan en la cédula de calificación los pisos futuros del permutante que dio el solar, no debe exceder del 30 por 100 del presupuesto material de las viviendas y

(19) En contra MONET ANTÓN, ob. cit., pág. 75, porque dice: «entraña siempre una enajenación de los pisos antes de la calificación definitiva del edificio, no tiene salvación alguna, pues incluso el título mismo de propiedad del solar permutado acredita y proclama la transgresión por imposibilidad de cumplimiento de las normas especiales de tolerancia». Aunque admite que la operación pueda salvarse en el plano administrativo, mediante un visado de las Delegaciones Provinciales del M. de la V.

(20) La superficie de estos no puede rebasar el 30 por 100 de la de las viviendas.

demás edificaciones protegibles, porque en otro caso se podría vulnerar lo dispuesto en el párrafo 1.º del apart. E, del art. 7.º del R.

Admitida en este caso la permuta del solar por pisos a construir, no hay razón para negarla en los casos que el promotor no sea una persona física.

Negar viabilidad a efectos de la calificación provisional al título o documento adquisitivo del solar que refleje un contrato de permuta por piso o pisos a construir o una titularidad preventiva sobre pisos futuros, tiene dos consecuencias: una obstaculizar la edificación de viviendas acogidas; y otra, que para superar dicho obstáculo, en los casos que se pretenda conseguir el mismo fin, se acudirá a un contrato simulado o fiduciario, que en principio son nulos, no cumpliendo el título la misión que le atribuye el artículo 76-a) del R.

Por último, no vemos obstáculo en que pueda pactarse una condición para preservar el futuro adquirente del piso (lo que también es aplicable al local de negocio) de los acreedores del promotor, siempre que ésta consista única y exclusivamente en que el promotor no obtenga la calificación definitiva.

III

VENTA DE PISOS FUTUROS

Algunas estafas de grandes dimensiones provocadas por la percepción anticipada de precios a cuenta de edificaciones que no se hacían o no se concluían, obligaron al Legislador a preocuparse de esta cuestión, no sólo en materia de V. P. O., sino en las no acogidas (21).

Los precedentes en cuanto a las V. P. O., únicas que se estudian en esta obra, se encuentran en el artículo 4.º de la O. de 5 de noviembre de 1955 y en el D. 9 de 3 de enero de 1963 (22). En la actualidad rige el artículo 114 del R. de V. P. O.

(21) Respecto a éstas véase la L. 57 de 27 de junio de 1968, las O. O. de 18 de agosto y 5 de octubre del mismo año y los D. D. 3.114 y 3.115 de 12 de diciembre de 1968.

(22) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1965 y 14 de junio de 1966 relativas al percibo de cantidades anticipadas por promotores particulares, no interesan a nuestro estudio.

En el precepto se distinguen dos extremos diversos, uno, referente a los requisitos para obtener la autorización, y otro, al contenido de los contratos.

A) Requisitos para obtener la autorización.

«Para que los promotores de 'Viviendas de Protección Oficial' incluidos en los apartados a), b), i), j), k) y l) del artículo 22 de este Reglamento puedan percibir de los compradores o adquirentes durante el periodo de la construcción y una vez otorgada la calificación provisional la parte de precio que haya de aplazarse en la venta de viviendas subvencionadas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 129 de este Reglamento, o el precio total en las restantes 'Viviendas de Protección Oficial', deberán cumplir las siguientes condiciones...» (art. 114, párrafo 1.º).

Este párrafo se refiere a los promotores y al régimen de viviendas a las que es aplicable el artículo 114.

En cuanto a los promotores excluye a los promotores oficiales de las restricciones que impone su supuesto de hecho, ya que la naturaleza de los mismos hacen superfluas las limitaciones, más también excluye a algunos promotores no oficiales en atención a la solvencia de los mismos, como sucede con las Cajas de Ahorro y las Empresas que construyan viviendas para su personal.

La misma razón por la que se excluyen a los promotores oficiales, la hay para hacerlo de las Diócesis y Parroquias.

Que los promotores antes excluidos pueden vender recibiendo anticipadamente todo o parte del precio, pero sin necesidad de observar el artículo 114, se desprende claramente del último párrafo del artículo 137 en cuanto permite a los Patronatos percibir cantidades anticipadas en el caso de que se trate de viviendas en régimen de acceso a la propiedad sin obligación de prestar la garantía que exige el artículo 114, que, sin embargo, exige para las Cooperativas.

Los regímenes a que afecta son, sin duda, el de venta con acceso inmediato a la propiedad, y aunque con menos claridad, entendemos que debe aplicarse también al de acceso diferido. Nos fundamos, en que a pesar de la letra contraria del artículo 114, párra-

fo primero, que parece referir su supuesto de hecho al régimen de venta y que el R. distingue del de acceso diferido a la propiedad, ambos regímenes son de venta con o sin reserva de dominio y principalmente en el inciso final del artículo 137, que refiriéndose al percibo de cantidades anticipadas por las Cooperativas en el régimen de acceso diferido a la propiedad les obliga a prestar la garantía, o sea, «la certificación de garantía concedida por la Obra Sindical de Cooperación».

La autorización ha de ser posterior a la calificación provisional, bien antes de iniciarse la construcción (venta de piso futuro), bien después, venta de piso en construcción. Las características del piso futuro no plantean cuestiones en cuanto a su situación, superficie, distribución, cualidad de los materiales, etc., porque del artículo 79-f) se desprende la existencia de memorias, planos, presupuestos que las resuelven.

Los problemas surgen al examinar este negocio jurídico (23), fundamentalmente el de su construcción como constitutivo de una relación preliminar o situación jurídica interina precursora de un derecho real, que hemos defendido ya anteriormente y se puede aplicar a este supuesto, siendo el título constitutivo la compraventa de la titularidad provisional sobre el piso futuro. El R. de Viviendas de Protección Oficial parece no querer salirse del campo obligacional, donde la cuestión está resuelta plenamente por el artículo 1.271-párrafo 1.º del C. c. que admite como objeto del contrato las cosas futuras y lo demuestra al buscar como garantía un aval bancario (art. 114, párrafo último) que es la garantía propia de una obligación.

La condición 4.ª del artículo 114 se refiere a los documentos que deben acompañar a la solicitud de la autorización en estos términos:

«Que solicite la pertinente autorización previa de las Delegaciones Provinciales del Ministerio de la Vivienda en cualquier momento anterior a la calificación definitiva. En la solicitud de autorización deberá hacer constar el importe total de las cantidades que pretenda obtener por este concepto.»

A la solicitud deberá acompañar necesariamente:

(23) La bibliografía puede verse en la nota 2.

«a) Certificación del Registro de la Propiedad acreditativa del dominio de los terrenos o del derecho que faculte al promotor para realizar la construcción y que se hallan libres de cargas y gravámenes, salvo aquellos constituidos en garantía de devolución de los préstamos o anticipos concedidos para la construcción de las viviendas.»

«b) Aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice la devolución del importe de las cantidades recibidas, más los intereses legales correspondientes, en caso de no obtener la calificación definitiva o no terminar las obras dentro del plazo fijado en la calificación provisional o en la prórroga reglamentaria concedida. Tratándose de Cooperativas de Viviendas, la certificación de garantía concedida por la Obra Sindical de Cooperación será admitida en sustitución del aval o seguro exigido al resto de los promotores.»

Es claro que en la solicitud deberá constar además el nombre y apellidos del promotor, la signatura del expediente y la firma del promotor y los demás datos contenidos en la calificación provisional que conduzcan a determinar las características de las viviendas, su precio y destino o régimen.

2. El contenido de los contratos (24).

A él se refieren las condiciones 1.ª, 2.ª y 3.ª del artículo 114:

«1.ª Que el número de futuros adquirentes no sea mayor que el de las viviendas calificadas provisionalmente.»

«2.ª Que las cantidades anticipadas se apliquen únicamente a la construcción de las viviendas, siendo ingresadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo.»

«3.ª Que en los contratos que otorguen para formalizar las entregas a cuenta se haga constar de manera indubitada la cuantía de las mismas, los plazos en que han de ser satisfechas, la cuenta especial de la entidad bancaria o Caja de Ahorros donde ha de verificarse el ingreso y la garantía que haya sido constituida por

(24) En cuanto al régimen transitorio en materia de viviendas subvencionadas se dictó el D. 1.442 de 10 de julio de 1969.

el promotor entre las previstas en el apartado b) de la condición cuarta.»

Todas ellas tienden a evitar que se compren pisos que no existen (si son más compradores que pisos) y que el dinero se invierta en la construcción de los pisos y no en otras atenciones del promotor.

La infracción del artículo 114 se considera falta muy grave en el artículo 153-C-2.

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA,

Notario.