

Acceso diferido a la propiedad de la vivienda (*)

SUMARIO: I. SUPUESTO.—II. ANTECEDENTES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.—III. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS.—IV. EFECTOS. RESOLUCIÓN.—V. RECONSTRUCCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTOS CONTRATOS.

I. SUPUESTO.

A veces el legislador nos sorprende con fórmulas tan peregrinas como la que al presente vamos a comentar. Se trata del llamado régimen de *acceso diferido a la propiedad*, aplicable, en las circunstancias que vamos a ver, a las «Viviendas de Protección Oficial» y que viene establecido en los artículos 132 a 137 del *Reglamento de viviendas de protección oficial*, aprobado por *Decreto de 24 de julio de 1968*.

La originalidad del planteamiento legal salta a la vista, por escasa sensibilidad jurídica que se posea, de la propia lectura del párrafo 1.º del citado artículo 132, el cual se expresa en los términos siguientes:

Por el contrato de acceso diferido a la propiedad de las Viviendas de Protección Oficial, se transmite al cesionario la posesión de la vivienda, conservando el cedente su dominio

(*) El presente comentario constituye la comunicación presentada por su autor, a la sesión de clausura del Aula Jurídica «M. Miguel Traviesas», que dirige el profesor don Aurelio Menéndez, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo y que tuvo lugar el día 20 de marzo de 1969.

hasta tanto aquél le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado, de conformidad con lo regulado en el presente artículo.

Pero, no se trata aquí de mostrar nuestra extrañeza, solamente, ni de emprender una crítica de los preceptos citados por su evidente falta de rigor dogmático, sino de interpretar estos preceptos, convenientemente, tratando de suplir lo que el legislador no pudo conseguir por una serie de imprecisiones de tipo técnico y por una absoluta falta de rigor en el lenguaje utilizado, para, con ello, tratar de contribuir en algún modo a las dificultades de aplicación de los mismos.

En cualquier caso, no conviene ser, tampoco, muy exigente con el legislador, especialmente, porque como sucede en el presente caso, se mueve en materias que se hallan erizadas de dificultades, lo que ocurre en todo el campo del *Derecho nuevo*. Cuando, por otra parte, el legislador, trata de mantener a salvo con la presente regulación una finalidad pública o social, si se prefiere, no teniendo más remedio que poner en juego unas estructuras técnicas que, al tomarlas del Derecho privado, se resisten a ser utilizadas con tal carácter y para servir a aquellas finalidades. Entonces, como consecuencia y, a falta de un análisis más profundo de la cuestión, resulta que las estructuras técnicas utilizadas quedan desnaturalizadas y con ello se produce no sólo una nueva vulgarización del Derecho, sino que peligra la propia seguridad jurídica.

De ahí precisamente el interés de estos temas, en los que la legislación de fomento a la construcción de viviendas, incide en el campo del Derecho privado. Lo que no solamente tiene transcendencia, en orden a su aplicación inmediata a la realidad cotidiana, sino que hasta presenta un cierto interés dogmático al poner en juego ciertas figuras jurídicas, que de su utilización por una técnica defectuosa, resultan transformadas, cuando en este ámbito, el *ius novum*, debe aspirar a renovar, ponderadamente, los viejos esquemas del Derecho civil que de este modo adquiere insensiblemente, pero de modo incesante, operado de día en día una nueva fisonomía. Porque toda renovación que no sea ponderada en el campo del Derecho crea, aparte de un manifiesto desorden dogmático, unas dificultades insuperables en la

interpretación de lo que el legislador quiso conseguir. Por eso, en la hora presente, esta tarea parece ineludible. Vamos a ver si en este caso, modestamente, somos capaces de lograrlo.

En primer lugar nos encontramos con que la fórmula utilizada en el párrafo 1.º del artículo 132, transcrito, no resuelve ningún problema interpretativo, ya que se habla de *contrato de acceso diferido a la propiedad*, lo cual nos puede decir muy poco, salvo el mostrar la intención social del precepto. Es curioso, pero el legislador que puede hacer casi todo en el orden jurídico, no logra hacerlo si no lo hace «juridicamente». Es decir, el Derecho no sólo es un conjunto de leyes o de normas jurídicas, sino también un conjunto de valores y de conceptos jurídicos. Incluso los conceptos jurídicos no sólo tienen un valor representativo o terminológico, sino que encierran en sí mismo valores. De este modo los conceptos jurídicos forman parte de la *naturaleza de las cosas*, que el legislador está llamado a respetar, según se ha puesto de relieve de forma permanente desde Cicerón a nuestros días.

En segundo lugar si prescindimos de la terminología utilizada por el precepto citado y nos atenemos a la regulación que establece (1), tampoco descubriremos grandes cosas, pues, por una

(1) El resto del art. 132, se expresa en los siguientes términos: *Durante el periodo de vigencia del contrato, el cedente deberá satisfacer los gastos de conservación, el coste de prestación de los servicios y el importe de las contribuciones, impuestos, arbitrios, tasas y derechos estatales y locales.*

El cesionario vendrá obligado a pagar al cedente durante dicho periodo exclusivamente las cantidades correspondientes a los conceptos que a continuación se detallan y que no podrá exceder de la cuantía que a continuación se establece:

a) *La cantidad que resulte de deducir del presupuesto protegible de la vivienda los importes de la subvención, del préstamo y del anticipo, en su caso. El 20 por 100 de esta cantidad se hará efectiva en el momento de otorgar el contrato, y el resto será exigido en el mínimo de años que se pacten, que no podrá ser inferior a diez años o al número de los en que se haya de amortizar el préstamo concedido como beneficio, si fuese menor.*

b) *La cuota de amortización correspondiente al anticipo y préstamo, si hubiese sido concedido para la financiación de la vivienda y los intereses del último.*

c) *Los gastos de administración y conservación, en la cuantía determinada en el apartado a) de la norma 2.ª del artículo 120 de este Reglamento, que podrá ser revisada por el cedente, de acuerdo con lo establecido en la norma primera del art. 122, cualquiera que sea la categoría y grupo de la vivienda cedida.*

d) *El coste de los servicios a que se refieren las normas cuarta y quinta del art. 120. La distribución, y en su caso, la actualización del mismo, se hará en la norma prevenida en el dicho artículo y en el 122 de este Reglamento.*

e) *El importe de las contribuciones, impuestos, arbitrios, tasas y derechos*

parte, se establece la transmisión de una cosa en *posesión o en uso* (recordemos la implicación *usus y possessio* del Derecho romano arcaico), mediante unas contraprestaciones que recuerdan al *arrendamiento*; mientras que, por otra parte, se vincula todo esto a una *futura finalidad traslativa* del negocio, o si se prefiere a un *efecto traslativo diferido*, que tiene como equivalente la entrega de las cantidades a que se refiere dicho artículo 132-1 y que el 132-3 concreta.

Pero hay que hacer notar que el planteamiento es todavía más complejo, por un lado, puesto que se establecen las modalidades que prevé el artículo 134, aparte de las del artículo 133 de menor entidad, y a las que luego nos referiremos, y porque se conjuga el incumplimiento de la entrega de las cantidades que se establecen como equivalente del efecto «principal» diferido del contrato con un sistema excesivamente rígido de *resolución* (art. 136), que recuerda al mecanismo de la *compraventa de bienes muebles a plazos*. Mientras que, por otro, la perplejidad que suscita esta regulación sube de tono al tener en cuenta lo que dispone el artículo 135, según el cual:

Terminado el plazo señalado en el contrato y cumplidas las condiciones pactadas, se procederá al otorgamiento de la escritura pública de compraventa transmitiéndose el dominio de la vivienda al cesionario, quien se hará cargo de todos los gastos que correspondan a la misma, incluidas, en su caso, las cuotas de amortización e intereses de los beneficios económicos de vencimiento posterior a la fecha del otorgamiento.

Como vemos, la aparición de este nuevo contrato, ahora de *compraventa*, justifica las críticas dirigidas a la incongruencia del legislador. Porque parece clara la finalidad del primer contrato,

que graven la propiedad o uso de las viviendas, con sus recargos legales, satisfechos efectivamente por el cedente.

Los cesionarios de viviendas que hubieren sido objeto de anteriores contratos de acceso diferido a la propiedad, resueltos de conformidad con lo dispuesto en el art. 136 del Reglamento, vendrán obligados a satisfacer de una sola vez, en la fecha de otorgar el contrato, si lo exigiera el cedente, tanto la entrega inicial y los plazos vencidos, según el contrato resuelto para el reintegro de la cantidad a que se refiere el apartado a), como las cuotas de amortización e intereses del préstamo y anticipo que se expresan en el apartado b) y que estuvieren vencidos en dicha fecha.

el llamado *contrato de acceso diferido a la propiedad*, y si esto es así ¿a qué viene este segundo *contrato de compraventa*? No sabe uno si son dos actos los que se requieren, bien que coaligados entre sí, o se trata solamente de la documentación del primero al que el artículo 132 no se ha atrevido a llamarle *compraventa*. Por otra parte, establece el artículo 135 una *compraventa traslativa* de la propiedad, cosa que el legislador puede hacer perfectamente, pero de otra manera, buscando una justificación más sólida. En todo caso, puede pensarse que aunque el artículo 135 lo diga, no se está refiriendo a la *compraventa*, sino a la situación compleja creada por la regulación, y en este caso cabe pensar que la *tradición* ya se ha celebrado anteriormente por el *contrato de acceso diferido a la propiedad*, sin que precise justificarse la *interversio possessionis*, bien porque ésta pueda hacerse mediante el *contrato de compraventa*, o simplemente por la continuidad funcional de ambos contratos o, en fin, porque se cumpla *brevi manu* el requisito de la *tradición*.

En tercer lugar, se hace difícil también calificar todo el supuesto, si acudimos a un criterio técnico-jurídico, que por otra parte es ineludible: así, el criterio de la *causa*. Tanto porque parece existe una *causa mixta o compleja*, como porque de la *tipicidad legal* contenida en la regulación no puede deducirse nada concreto, al menos a primera vista. Y si no puede deducirse nada concreto, a pesar de la intención del legislador, tenemos que atenernos a un criterio de *tipicidad* causal o funcional (la *causa* es la función social del negocio en nuestro Derecho), que es el criterio *sistemático* que sigue nuestro Ordenamiento en función de la vinculación concedida a la *autonomía privada* en relación con la creación de los negocios jurídicos (arts. 1.255, 1.262-1, 1.258, etc. del Código civil) (2). Con lo que llegamos de nuevo a afirmarnos en el

(2) El primado de la *tipicidad causal* sobre la *tipicidad legal*, en nuestro sistema, con base especialmente en el art. 1.262-1 Código civil, parece incuestionable. Esto no supone excluir la *tipicidad legal*, como aparece en buena parte de negocios, especialmente de Derecho de familia y de Derecho de Sucesiones. Pero incluso, en este último campo, cabe mantener el primado de la *tipicidad causal*, en la mayoría de los casos. El tema merecería un comentario más extenso, pero queda fuera de las posibilidades de la ocasión presente. Un testimonio muy luminoso, nos ofrece, en este sentido el art. 1.579 Código civil. (Cfr. *El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles e industriales se registrá por las disposiciones rela-*

planteamiento que hemos indicado en segundo lugar. De este modo no cabe duda que la cuestión propuesta requiere un análisis más minucioso.

II. ANTECEDENTES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

No cabe duda que la fórmula utilizada por los artículos 132 y siguientes del *Reglamento de Viviendas de Protección Oficial*, es una fórmula compleja que conjuga en la relación jurídica que pretende establecer una serie de elementos de distinta naturaleza y que nos han hecho pensar en un negocio con *causa mixta*, mezcla de *arrendamiento* y de *compraventa aplazada*; por ello, aunque sea muy poco lo que nos aclare una remisión a los antecedentes de la presente regulación, vamos a tratar de fijar éstos para reforzar con un argumento histórico el argumento sistemático anteriormente invocado en el planteamiento de la cuestión.

Efectivamente, con esto queremos poner de relieve que la legislación de fomento a la construcción de viviendas, si bien ha ido superando etapas dentro de esta línea de forma que, en general, podemos calificar como satisfactoria y hasta en algún punto ejemplar o modélica, no ha ganado, en cambio, en las conexiones con los *iura privata* la madurez que sería de desear. De modo que, en el presente supuesto, ha mezclado perfiles legislativos de anteriores regulaciones y procedentes de los campos más diversos.

Así, en el régimen de las viviendas construidas por el Instituto Nacional de la Vivienda, ya sean *protegidas* o de *renta limitada*, se establece ya en 1955 su cesión en *arrendamiento-amortización* (3), pero esta fórmula, aunque tenga aspectos discutibles, en

tivas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes y, en su defecto, por la costumbre de la tierra.

(3) Según Decreto de 11 de noviembre de 1955: *Las viviendas propiedad del Instituto Nacional de la Vivienda sólo podrán ser cedidas a sus beneficiarios en régimen de amortización que les permita el acceso a la propiedad de aquellas viviendas en el plazo máximo de cincuenta años (art. 1.º).* Por otra parte, la fórmula legal utilizada parece clara y totalmente correcta, como se deduce de su art. 2.º, según el cual: *Los contratos de cesión entre el Instituto Nacional de la Vivienda y los beneficiarios serán de promesa de venta y tendrán el carácter de contratos mixtos de arrendamiento y de amortización, hasta la total entrega del precio fijado, en que adquirirá el interesado la propiedad, otorgándose a su favor escritura de venta.*

el orden funcional parece clara. Ahora bien, no hay que olvidar que se establece, por un lado, para las relaciones entre un ente público, el Instituto Nacional de la Vivienda, y los particulares, y, de otro, con referencia a una actividad que a partir de la *Ley de 15 de julio de 1954* cambia de signo, pues esta Ley, como es sabido, sustituye la actuación directa de este organismo en la construcción de viviendas por una auténtica *legislación de fomento* a la construcción de viviendas, de modo que a partir de este momento la construcción directa por el Instituto viene a ser, al menos en un planteamiento teórico, excepcional, y entonces, el *Decreto de 11 de noviembre de 1955* lo que trata es de liquidar las situaciones jurídicas subsistentes de un régimen anterior o al menos de un régimen que viene suplantado por el nuevo planteamiento de la política legislativa y que se halla más de acuerdo con la evolución de la coyuntura económico-social del momento.

Por otra parte, la idea del *aplazamiento del precio* aparece ya en la regulación que establece el *Decreto de 22 de noviembre de 1957*, en el que se crea la categoría de las *viviendas subvencionadas*, lo que es de sobra conocido por todos los que han estado en contacto con esta compleja legislación (4). Regulación que se desenvuelve normalmente entre particulares, pues vuelve aquí a reiterarse el nuevo estilo que la política legislativa quiere imprimir a la protección dispensada a la construcción de viviendas, lo que ya iniciara la Ley de 1954 y así aparece claramente en el artículo 14 del *Decreto de 24 de enero de 1958*, por el que se extiende el régimen de las «viviendas subvencionadas» que habían sido creadas para el Plan de Urgencia Social de Madrid a todo el ámbito nacional donde se mantiene el *principio de subsidiariedad* (5).

Pues bien, el *Decreto de 24 de julio de 1968*, a la vista de estos precedentes, parece claro que lleva a cabo una amalgama de los

(4) En el art. 7-2, de este Decreto, se establece: *Cuando la venta se realice por viviendas independientes, tendrá que pactarse la operación con la condición de aplazar todo el precio o una parte de mismo, no inferior a diez veces el alquiler anual de la vivienda, para que sea satisfecho por el comprador en cinco o más anualidades iguales, incrementadas en los intereses legales de los plazos diferidos.*

(5) *Únicamente en el caso de que sea insuficiente la iniciativa privada, el Instituto Nacional de la Vivienda, por intermedio de las Delegaciones Provinciales del Ministerio, de acuerdo con lo prevenido en el artículo séptimo de la Ley de 15 de julio de 1954, podrá encargar a cualquiera de las entidades oficiales...*

mismos, faltando a un mínimo de rigor al homologar en un mismo plano normas que tienen su sede en campos diferentes. Pero no quedaría completo el análisis de los precedentes de la regulación que comentamos, si no nos referimos a las *OO. MM. de 26 de mayo de 1965, 17 de febrero de 1967 y 27 de febrero de 1968*. Estas Ordenes establecen criterios de selección de promotores y solicitudes, la primera para el bienio 1965-1966 y las dos restantes para los años respectivos, teniendo en cuenta que la enorme expansión de la industria de la construcción influye notablemente en el planteamiento de estos criterios selectivos en los que se manifiesta la necesidad de restringir, o más bien, de exigir una mayor adecuación a la finalidad social de la construcción. No es extraño que en este ámbito aparezca el precedente inmediato de la regulación que comentamos, pues ya viene siendo típico, desde el Bajo Imperio, que la corrupción de los dogmas jurídicos tenga lugar mediante normas de carácter fiscal o económico. Así en el artículo 6 de la primera de las Ordenes citadas, se establece:

Se entenderá por acceso a la propiedad, la forma de cesión en la que el adquirente de la vivienda abone una entrada igual o inferior al 50 por 100 del precio de venta total deducida de dicha cantidad, en su caso, el importe del préstamo complementario en cuya devolución se subroga el comprador. La parte restante del precio se abonará en un número de anualidades iguales, no inferior a veinte, incrementadas con el interés legal.

Las otras dos órdenes citadas mantienen el precepto con la variante de establecer el número de anualidades «no inferior a diez», completándose la regulación con la circunstancia de que el promotor, en su solicitud, deberá fijar el precio máximo en que proyecta vender las viviendas.

Pero lo que puede tener su excusa en el ámbito de las Ordenes Ministeriales citadas, no encuentra justificación en el Reglamento, que tiene indudablemente honores de *texto refundido* por su vinculación al aprobado por *Decreto de 24 de julio de 1963* (Disposición adicional primera) y que modificado parcialmente por *Decreto de 3 de diciembre de 1964* establecen la fuerza vinculante de todo

este régimen, arrancando de la *disposición final* de la *Ley de 23 de diciembre de 1961*. Sobre todo, si tenemos en cuenta que los artículos 132 y siguientes del *Reglamento de 24 de julio de 1968*, no se contentan con recoger la fórmula utilizada por las Ordenes ya reiteradas, sino que al tratar de precisar es cuando incurren en las incorrecciones que hemos puesto de relieve y que tanta perplejidad suscitan a la hora de su interpretación. Porque es perfectamente admisible el criterio de selección que utiliza el legislador al considerar como *causa de preferencia* en la protección dispensada por el sistema el que las viviendas se cedan en régimen de «acceso diferido a la propiedad», pero lo que no es admisible es que descienda al detalle de fijar la naturaleza jurídica del acto de Derecho privado, por el cual aquello se hace efectivo en el tráfico jurídico, ya que esto supone una nueva *limitación* de los derechos privados que carece de toda justificación. Mucho más aún si la caracterización que se pretende es totalmente disparatada por una falta mínima de técnica que en cualquier caso cabe pedir.

La otra cuestión planteada en este epígrafe es la relativa al ámbito de aplicación del régimen establecido en los artículos 132 y siguientes del *Reglamento de 24 de julio de 1968*.

Esta cuestión presenta aspectos que aquí no nos interesan. por ello nos limitaremos a decir que, según lo dispuesto en las Disposiciones transitorias del Reglamento, que hacen una regulación muy minuciosa de éstos y otros extremos análogos, habrá promotores que hayan de sujetarse a las normas contenidas en las Ordenes Ministeriales citadas, incluso aunque no tengan *calificación provisional* a la hora de entrar en vigor el Reglamento, y únicamente regirá para ellos, tengan o no calificación, en cuanto la nueva regulación pueda favorecerles. Por lo demás será aplicable este régimen a los promotores que lo soliciten a las Cooperativas de Viviendas como único permitido y a los Patronatos Oficiales de Viviendas de Funcionarios en su caso.

III. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS.

Los elementos *subjetivos* que intervienen en esta relación son, en primer término, el *cedente* y el *cesionario*. El primero será el *promotor* y el segundo el que adquiere, o mejor dicho, el que adquirirá la vivienda, cumpliendo las condiciones establecidas en la citada regulación.

Este es el supuesto normal, pero pueden presentarse algunos supuestos especiales, que podemos clasificar en tres grupos distintos:

a) Cuando el cesionario, terminado el plazo y otorgada la escritura de compraventa a que se refiere el artículo 135, deviene propietario, pretende vender o enajenar su vivienda, ¿se encontrará entonces como *cedente* sometido a este sistema de enajenación?

b) Cuando el cesionario se acoge al beneficio del *pago anticipado* que establece el artículo 134 (6) y después pretende enajenar, incluso antes de que se haya cumplido el plazo normal.

c) Cuando se resuelve el contrato de cesión antes de consumarse la adquisición, el nuevo cesionario se encuentra en una situación especial, porque conforme dispone el párrafo último del artículo 132 *vendrán obligados a satisfacer de una sola vez, en la fecha de otorgar el contrato, si lo exigiere el cedente, tanto la entrega inicial y los pagos vencidos..., como las cantidades... que estuvieren vencidas en esa fecha.*

Como vemos, el supuesto sub c) no tiene mayor especialidad que la derivada del momento en que se hace la cesión, habiendo tenido lugar, anteriormente, la resolución de una cesión anterior.

(6) Cfr. *Durante la vigencia del contrato de acceso diferido a la propiedad, el cesionario con consentimiento del propietario podrá cesar en este régimen y adquirir la vivienda en propiedad, mediante la entrega de una sola vez de las cantidades que esté obligado a satisfacer comprendidas en el apartado a) del art. 132 y subrogándose en las obligaciones contraídas por aquél como consecuencia del anticipo y préstamos concedidos para la financiación de la vivienda.*

Para llevar a cabo esta renuncia será necesario obtener autorización del Instituto Nacional de la Vivienda y que el adquirente se obligue a satisfacer las cantidades a que se refieren los apartados d) y e) del art. 132, así como los gastos de administración y conservación, en la forma y cuantía que le fueren imputables.

Pero, en cambio, los supuestos sub a) y sub b) presentan, por igual, el problema de si el *adquirente*, anteriormente *cesionario*, se halla vinculado por el régimen de *acceso diferido a la propiedad*, en el caso de que pase a ser, a su vez, *cedente*. La situación es igual en ambos supuestos, y no cabe interpretar con un significado literal los términos del artículo 134, cuando en el supuesto de *pago anticipado*, dice que el «*cesionario podrá cesar en este régimen y adquirir la vivienda en propiedad...*», pues esto no implica más que una falta de expresión feliz por parte del precepto. Tampoco cabe apoyar esta interpretación literal, en la necesidad de *autorización* del Instituto Nacional de la Vivienda, para que pueda llevarse a cabo este *pago anticipado*. Ya que esta *autorización* no tiene otra función que la de servir a una fiscalización indirecta de las actuaciones de los particulares, así como de recordatorio a los mismos, de que deben atenerse a los términos de este régimen. Nos induce a este convencimiento un argumento sistemático, basado en que buena parte de las *autorizaciones* de este estilo, en el régimen de Viviendas de Protección Oficial, tienen este mismo carácter.

Por tanto, en ambos casos hay que pensar que la vinculación de las viviendas, al régimen de *acceso diferido a la propiedad*, subsisten hasta que tenga lugar la *descalificación* de las mismas. Ni siquiera cabe pensar que su obligatoriedad cesa cuando termina el plazo establecido para la amortización. Pues, en caso contrario, se burlaría lo dispuesto en la propia regulación y se causaría agravio a los promotores que fueron preteridos y rechazadas sus solicitudes por no haber elegido dicho régimen.

No se puede argumentar tampoco, haciendo valer que el *cesionario*, que se convierte, a su vez, en *cedente*, se halla desvinculado de las obligaciones que conciernen al *promotor*, ya que este argumento no es correcto. Efectivamente, la legislación de fomento a la construcción de viviendas no solamente produce efectos personales, derivados del procedimiento administrativo correspondiente y como consecuencia de la oportuna solicitud, sino que genera como toda la legislación pública que invade, en el ámbito del Derecho privado, unas limitaciones a los derechos privados que permanecen más allá de aquellas relaciones. Esto se halla íntimamente vinculado al concepto y al significado de la *función social de la propiedad*, de modo que las viviendas que resultan de la actuación de la protección de

fomento llevan en si mismas, por su configuración o destinación de *cuerpos ciertos* a un fin determinado, la «afección» a un régimen jurídico concreto, hasta tanto que tenga lugar la *descalificación*. Por eso, ni el primer cedente (= promotor), ni los ulteriores, pueden modificar esta situación, por aplicación del principio *nemo dat quod non habet*.

En cuanto a los llamados *elementos objetivos*, tenemos, en primer lugar, la determinación del *precio* de la cesión, que no presenta problema, pues viene claramente establecido en el artículo 132, 3.º, a), y otro tanto sucede con las cantidades *asimilables al precio*, consistentes en las *cuotas de amortización* del anticipo y del préstamo complementario, en su caso, a que se refiere el artículo 132, 3.º, b).

En segundo lugar, el cesionario debe satisfacer *otras prestaciones*, como son los gastos de *administración y conservación, coste de los servicios, e importe de las contribuciones*, etc., a lo que se refiere el mismo artículo 132, 3.º, c), d) y e), y de modo general, el artículo 132, 2.º La justificación de estas cantidades parece evidente, presentando una instrumentabilidad necesaria, dado el contenido de uso (semejante al arrendamiento) que tiene lugar durante la pendencia del contrato o, mejor dicho, mientras duran los efectos aplazados del mismo.

Por otra parte, otro de los elementos de esta naturaleza viene constituido por el *plazo*, que no puede ser inferior a *diez años o «al número de los en que se haya de amortizar el préstamo concedido como beneficio, si fuese menor»* [art. 132, 3.º, a)].

IV. EFECTOS, RESOLUCIÓN.

Los efectos jurídicos que produce el contrato de cesión, en acceso diferido de la propiedad de la vivienda, son de naturaleza compleja. Podemos agruparles en tres categorías distintas: efectos inmediatos, diferidos y potestativos de las partes.

Los efectos *inmediatos* provocan, como contrapartida de las prestaciones que asume el cesionario, la adquisición por éste de lo que el artículo 132 llama la *posesión* de la vivienda. Por otra parte, la expectativa de la adquisición futura está constantemente ame-

nazada para el cesionario, cuando el comportamiento riguroso de sus obligaciones no sea correcto, por la *resolución* del contrato. Esta resolución, de la que luego nos ocuparemos y en la que ha influido al parecer, notablemente, la regulación de la compraventa de bienes muebles a plazos, influye extraordinariamente en la valoración que hay que dar al término *posesión*, en este caso distanciando la presente regulación de la compraventa ordinaria, con precio aplazado, por otra parte.

Como ya hemos anticipado, esta *posesión*, que se instrumenta con finalidades de *uso* para facilitar el de la vivienda al cesionario, incluso en los términos estrictos de la regulación, sólo sirve para configurar *brevi manu*, el requisito de la *tradición*, ya que el segundo contrato que el legislador llama de *compraventa* y que tiene lugar una vez verificados los pagos diferidos, o que éstos se anticipen, como en el caso del artículo 134, por medio de la escritura de compraventa, tiene lugar la *interversio possessionis*. Es decir, se trata de una posesión, equivalente a la que tiene lugar en favor del arrendataria, en el contrato de arrendamiento de cosas (arts. 1.554 y siguientes del C. c.). Claro que todo esto es susceptible de ser modificado por las partes, en los términos que más adelante veremos (7).

Consecuencia de ello es que el *riesgo* de la cosa pasa al poseedor, en la medida proporcionada a la naturaleza de la posesión, por analogía con lo dispuesto en los artículos 1.559 y 1.560 del Código civil. Y si el *cedente* se retrasa en la entrega de las llaves, habrá que aplicar igualmente el artículo 1.096, 3.º, del Código civil. Por otra parte, los riesgos vendrán cubiertos por el contrato obligatorio de *seguro* que deberá hacer el promotor antes de llevar a cabo el contrato de cesión (art. 111 del Reglamento) y que será de su cargo, salvo pacto en contrario, pues este concepto no se halla comprendido en las prestaciones que establece el artículo 132.

En cambio, la conservación de la cosa en buen estado corre de cargo del cesionario, coincidiendo en esto las normas del Código civil para el arrendamiento (arts. 1.561 y sigs.) con la que establece

(7) El legislador podría haber ampliado este concepto de posesión configurando el contrato de cesión como un contrato de finalidad traslativa actual y, entonces, la adquisición de la posesión sobre la vivienda adquiriría la función que establece el art. 609 en relación con el art. 1.095 del Código civil.

el artículo 136, cuando a propósito de la *resolución* del contrato establece: que

«el cesionario deberá devolver la vivienda en las condiciones necesarias para obtener la cédula de habitabilidad».

Acordando el párrafo 2.º del mismo artículo 136 el *derecho de retención* de las cantidades que habría de devolverle como consecuencia de la resolución, hasta tanto que *«no realice las obras necesarias para dejar la vivienda en las condiciones a que se refiere el párrafo anterior».*

Desde otro punto de vista, con este juego de equivalencias y analogías que venimos haciendo, parece claro que el cesionario, incluso desde el momento mismo del contrato, *puede arrendar* la vivienda, incluso sin autorización del propietario-cedente, Porque por muy limitada que parezca la situación del cesionario, no lo es tanto como la del simple arrendatario de vivienda y, por tanto, ya no le es aplicable la limitación de subarrendar, mucho más aún si la «cesión» viene configurada por las partes con *alcance real*. Por lo demás, es lógico que así pueda hacerse, ya que la Ley permite todo lo que expresamente no prohíbe.

De todos modos, el buscar, mediante el contrato de cesión en acceso diferido a la propiedad de la vivienda, el establecimiento —dada la efectuación de la posesión— de una relación jurídica de *naturaleza real* o al menos de eficacia real, debía de haber sido una de las metas del legislador. Pero si el legislador no lo ha hecho, no cabe duda que los particulares deben de tratar de encontrar, al menos, esta *eficacia real*, ya que la situación del cesionario es un tanto precaria frente a la posible ejecución en los bienes del cedente y en los casos de concurso y quiebra del mismo. Por ello, es interesante hacer constar que estos contratos pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, si reúnen las condiciones generales que exigen el artículo 9, 2.º, de la Ley Hipotecaria, y 51, 6.º de su Reglamento, produciendo la inscripción la prioridad del cesionario respecto de otros actos de disposición que lleve a cabo el cedente, y respecto de los embargos que sufra, durante el tiempo del aplazamiento y siempre que se llegue al pago total, que funcionaría aquí

como una condición. En cambio, la protección no es tan firme frente al concurso o la quiebra.

En cuanto a los que hemos llamado efectos *diferidos*, el problema es más difícil de resolver, pues ello depende de la propia naturaleza jurídica que hayamos de dar al contrato de acceso diferido a la propiedad y que puede variar de acuerdo con la diversa orientación de las partes, en uso del ejercicio de su propia autonomía, que naturalmente no cabe desconocer.

Lo que parece claro es que, conforme a la disposición técnica de los efectos, en el planteamiento que hace el Reglamento, se distancia la figura notablemente de la *compraventa por precio aplazado*, pues ésta no difiere la transmisión de la propiedad, necesariamente, aunque puede provocar, de una parte, la suspensión de la entrega de la cosa vendida (arts. 1.466 y 1.467 del C. c.), y de otra, la resolución (arts. 1.503 y 1.504 del C. c.). Y por otro lado, siempre queda en pie el problema de la contradicción o, al menos, de la incongruencia en la relación entre los artículos 132 y 135, que antes hemos puesto de relieve.

En tercer lugar, en cuanto a los efectos *potestativos*, nos encontramos, en primer término, con lo que dispone el artículo 133, respecto de las *mejoras* que hacen intervenir, voluntariamente las partes:

«Durante el plazo de vigencia del contrato, el cedente podrá concertar con el cesionario la realización de mejoras en la vivienda, cumpliendo las condiciones establecidas en la norma 3.ª del artículo 122 de este Reglamento. El importe de las mismas será reintegrado al cedente, si éste lo hubiera satisfecho, en la forma en que se acuerde por ambos interesados.»

Otro aspecto de los llamados efectos *potestativos* son los derivados del *pago anticipado* de que antes nos hemos ocupado, que no produce efectos plenos en cuanto a desentenderse el cesionario del pago de servicios y contribuciones (art. 134, 2.º), lo que parece lógico con la propia naturaleza de su situación. También tiene aquí interés el plantear el problema de si por los pagos diferidos el cesionario deberá o no satisfacer *intereses legales*, como se establece en el aplazamiento del pago del precio en las «viviendas subvencio-

nadas», y a la vista del silencio legal sobre la materia. Pues bien, no cabe duda que, cuando se trate de promotores particulares (no de Cooperativas o Patronatos), cabe la posibilidad de que se puedan exigir estos intereses, siempre que se haya pactado entre las partes, ya que de otro modo no será posible ante el silencio de la regulación.

Por último, tenemos que ocuparnos aquí de la *resolución* de estos contratos que viene aludida en el artículo 132, 4.º, y especialmente en el artículo 136, sin que, por otra parte, la regulación establezca cuándo tiene lugar. Entonces no cabe duda que tenemos que acudir a los criterios generales que nos suministra el artículo 1.124 del Código civil, y extender ésta, no solamente al impago de los plazos correspondientes computables al precio, sino también y, sobre todo, dada la naturaleza compleja de este contrato, extensible tanto a las cantidades asimilables al precio como aquellas otras que el cesionario se ve obligado a pagar. No cabe duda que, según el espíritu de la regulación, la resolución debe actuarse cuando el cesionario incurre en el incumplimiento de sus obligaciones reiteradamente, es decir, en el equivalente a dos plazos y mediante el requerimiento correspondiente, lo mismo que en el pacto comisionario; por lo demás, la regulación de los efectos de la resolución viene claramente determinada en el artículo 136.

No obstante, queda también que digamos que, cuando las partes utilicen el derecho que les concede el artículo 134 y omitan la *autorización* prescrita del Instituto Nacional de la Vivienda, si la actuación correspondiente comporta la nulidad de lo actuado o no. A nuestro juicio, sería válida a efectos civiles una actuación de este tipo, aunque ilícita a efectos administrativos. Esta duplicidad de efectos no parece que ofrezca reparos teóricos, ni prácticos, y halla su justificación en la propia *función* de la autorización administrativa: servir de control al posible fraude a la Ley, en el sentido que anteriormente hemos indicado.

V. RECONSTRUCCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA
DE ESTOS CONTRATOS.

Como siempre, el problema de la naturaleza jurídica de un actos se halla íntimamente vinculado con su enorme trascendencia práctica. Trascendencia que en este caso se manifiesta en dos órdenes distintos: uno, el orden fiscal, y otro, la forma de llevar a cabo estos contratos, la forma en cuanto a la *materia* del contrato, y también en cuanto al requisito de *forma*.

En el primer aspecto nos encontramos con que, desde el punto de vista *fiscal*, si la transmisión tiene lugar al terminar el plazo (normalmente diez años, como hemos visto), mediante lo que llama el artículo 135 *escritura de compraventa*, nos encontraremos con que este acto se produce, después de los *seis años* de la *calificación definitiva*, requisito que, para la exención, establece el artículo 43, 1.º, A) del Reglamento y el artículo 65 del *Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones*. Entonces no tenemos más remedio que vincular el *contrato de cesión*, en acceso diferido a la propiedad, del artículo 132, con la *escritura de compraventa* del artículo 135, y, como por otra parte, lo que realmente se declara exento por la legislación fiscal, según los preceptos citados, es el *contrato*, que naturalmente tendrá lugar antes de los *seis años* de la calificación, en los supuestos normales, no tenemos más remedio, desde este punto de vista, que considerar el contrato formado íntegramente en el momento de concertar la cesión con acceso diferido a la propiedad, entendiéndolo que el segundo momento es un efecto o consecuencia del anterior, que perfecciona la transmisión, aunque no la hace nacer. No obstante, desde el punto de vista fiscal, cualquiera que sea la forma que revista, se hallará sujeto a tributación, como acto jurídico documentado.

En el segundo aspecto, la cuestión que se nos plantea ofrece mayores dificultades, aunque, por lo que hemos dicho, no hay más remedio que configurar el contrato de cesión en acceso diferido de la propiedad de la vivienda como algo dotado de unidad o, al menos, de continuidad. Esto nos hace pensar que en cuanto a la *forma*, en sentido estricto, deba de configurarse al momento del otorgamiento inicial, lo que parece también cuenta con el unánime crite-

rio de la práctica notarial, debiendo hacerse en *escritura pública*, por los efectos llamados a producir, y sin perjuicio de que, posteriormente, al verificarse el pago total del precio, se complete esa escritura inicial con la correspondiente *escritura de pago*, o, si se quiere, de *cumplimiento de condición* o de ejercicio de un *derecho de opción* en favor del cesionario, lo que nunca puede ser esa escritura, a pesar del tenor literal del texto del artículo 135, es de *compraventa*. Porque lo que documenta esta segunda escritura es un *efecto*, producido por un acto jurídico anterior y no un nuevo acto jurídico.

En cuanto a la «*forma interna*» de llevar a cabo el acto o contrato de que se trata, es decir, en cuanto a su *materia* o *sustancia*, no cabe duda que estamos en presencia de un *acto de naturaleza mixta*, y, por otra parte, de un *acto complejo*, al menos en cuanto que se exige, y ello parece ineludible, una actuación «complementaria y posterior» para que pueda surtir, al menos en su plenitud, todos los efectos previstos: nos referimos a la documentación posterior al otorgamiento del contrato que acredita el pago del precio.

Pero en cualquier caso, lo más importante del contrato de acceso diferido a la propiedad de la vivienda es su finalidad última (pues los efectos jurídicos de un acto deben medirse de mayor a menor), es decir, su *finalidad traslativa*, y a ella se subordinan los demás efectos complementarios y accesorios y que vienen instrumentados por la «naturaleza de las cosas». Esto se nos hará más comprensible, si tenemos en cuenta la íntima relación de la finalidad contractual, acompañada de todo el ropaje necesario de prestaciones accesorias, con la propia función que cumple la *resolución* (que incluso puede ser agravada porque las partes hagan intervenir alguna *cláusula penal*), que, a mi entender, aparece como representativa del criterio de la *buena fe*, recibida en este caso por el Ordenamiento, conforme a la norma paradigmática del artículo 1.124 y con la regulación que hace el propio artículo 136, citado. De modo que el «buen comportamiento» del cesionario impide la resolución. Y es curioso lo que esta implicación suscita, ya que en la *compraventa aplazada*, según indicó R. FEENSTRA, y, por influencia del Derecho mercantil común europeo, rige el principio de la *bonam fidei sequi* (8).

(8) *Reclame en Revindicaté*, Haarlem, 1949, 98 y sigs.

En cambio, aquí no estamos ante la estructura técnica de la *compraventa aplazada*, aunque me parece que no lo estamos porque el legislador no lo ha querido. Por otra parte, se le va a uno la imaginación sin querer hacia el *censo reservativo*. Pero el legislador, aparte de las incorrecciones en que incurre, ha dejado sin resolver la cuestión, lo que naturalmente es una virtud, pues deja paso a la capacidad creadora de los particulares. El único fallo que puede tener esto, en la práctica, es si, en las Delegaciones Provinciales de la Vivienda, puede existir la sensibilidad jurídica suficiente para no seguir el Reglamento al pie de la letra, cosa a la que son siempre muy dados los funcionarios.

De todos modos, una situación muy parecida a la *compraventa aplazada* es la que tiene lugar cuando el *pago del precio* se eleva a *condición* del efecto traslativo de la compraventa. A este esquema se adaptaría perfectamente el actual planteamiento, sustituyendo la llamada escritura de compraventa del artículo 135 por la *escritura de cumplimiento de la condición*, pero parece que esta configuración es contraria al esquema legal y tropezaría también con el artículo 1.115 del Código civil. No obstante, ofrece muchas ventajas, porque podría tener acceso al Registro de la Propiedad, en la forma que anteriormente hemos dicho.

Por otra parte, configurarla como una transmisión, con pacto de *reserva de dominio*, parece se opone también al espíritu de la regulación reglamentaria. Lo que no cabe duda es que podría configurarse por las partes, la relación jurídica, como de *naturaleza real*, añadiendo al efecto inmediato, algo más que el simple traspaso de la posesión, ya que, dados los efectos diferidos, esta *traditio* carecería del *animus* suficiente (*animus = causa traditionis*, en el presente caso). Este algo más que la simple posesión y que habría de intervenir *ad colorandam possessionem*, podría ser un pacto de *opción de compra especial*, y un *pacto añadido de comunidad*, para facilitar la constitución de la comunidad de casas por pisos, cuestión que, por otra parte, no tendría problema (9). Pero la dificultad está en el juego contractual de la *opción*, como consecuencia de la amenaza permanente de resolución.

(9) Esta solución fue sugerida en el transcurso del coloquio de la sesión del Aula Jurídica, citada, por el Registrador señor García Arango.

Por todo ello, nos inclinamos a considerar que, en este caso, nos hallamos ante un contrato de naturaleza *sui generis*, a pesar de la natural repugnancia que hemos tenido que vencer para aceptar este planteamiento. Contrato por el cual, se constituye inmediatamente una situación equivalente a la del *arrendamiento de cosas*, al pasar la posesión o *uso* el cesionario, con todos los derechos y obligaciones que esto representa, y que tiene por finalidad principal servir de *título* para la adquisición de la propiedad de la vivienda, lo que tiene lugar, de *modo diferido* a la terminación del plazo, establecido por las partes para el pago del precio y en los términos legales que sean oportunos, salvo que, voluntariamente, quieran *anticiparle* y siempre que el contrato no sea anteriormente *resuelto*. Debiendo las partes, por su propia conveniencia y a efectos de publicidad, otorgar la correspondiente escritura de pago, una vez que la adquisición de la propiedad ha sido consolidada, a cuyo efecto gozarán de los derechos que les confiere el artículo 1.279 del Código civil. Por lo demás, en cuanto a su *función*, se trata de un *contrato mixto*, y en cuanto a su significado como acto, y en relación con la producción de sus plenos efectos, como acabamos de indicar, de tipo *complejo*: necesidad de la escritura de pago, que exige el artículo 135. Asimismo, aunque se trate de un negocio obligacional, su eficacia real, o, mejor dicho, su trascendencia real, se consuma con la *traditio brevi manu*, mediante el pago total del precio (*condición impropia*, elevada a causa o *título* de la adquisición), y completada a todos los efectos, por la escritura de pago correspondiente. No obstante, en los términos que antes hemos dicho, puede ganar *eficacia real*, mediante su inscripción en el Registro, aunque subordinada al pago total del precio. Y en los mismos términos podría ser hipotecable, pero con la misma limitación y, naturalmente, subordinando la hipoteca al rango correspondiente en relación con las otras cargas subsistentes.

Es curioso observar cómo en esta nueva figura jurídica, suscitada por las necesidades del *Derecho nuevo*, se encuentran semejanzas, *ex distantibus*, con la usucapión, de una parte, en cuanto en ambas, el título es insuficiente para provocar la transmisión *in actu*; en aquel supuesto, por falta de legitimación del *tradens*; en éste, por su propia naturaleza funcional, y de otra, cómo es preciso

en el adquirente (usucapiente o cesionario) la concurrencia de la *buena fe*, en el primer caso referida al título ya formado, y en éste para formarle y a través del comportamiento *civiliter* del cesionario, único capaz de evitar la *resolución*, y debiendo permanecer durante todo el plazo (que también es coincidentemente igual en ambas instituciones), tanto para uno como para otro.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS,
Catedrático de Derecho Civil