

1.5. Obligaciones y Contratos

LA PERMUTA DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA JURÍDICA: a) COMO DERECHO PERSONAL. b) COMO DERECHO REAL O *IUS AD REM* SOBRE LA OBRA FUTURA.—III. MODALIDADES: 1. PERMUTA DE SOLAR POR CONSTRUCCIÓN FUTURA. 2. PERMUTA DE SOLAR POR PARTICIPACIÓN EN PORCENTAJE DE LO CONSTRUIDO. 3. CESIÓN DE DERECHO DE VUELO A CAMBIO DE VIVIENDAS O LOCALES FUTUROS. 4. RESERVA DE VUELO Y TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD DE SOLAR CON PRESTACIÓN SUBORDINADA DE OBRA. 5. PARTICIPACIÓN DEL APORTANTE DEL SOLAR EN LOS BENEFICIOS DE LA VENTA. 6. AUTOPROMOCIÓN EN COMUNIDAD. 7. CONTRATO DE OBRA CON CONTRAPRESTACIÓN EN ESPECIE CONSISTENTE EN LA ENTREGA DE UNIDADES CONSTRUIDAS.—IV. LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO DE LOS INMUEBLES OBJETO DEL CONTRATO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA. 3. LA CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE EDIFICACIÓN FUTURA.—V. ASPECTOS REGISTRALES.—VI. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: 1. INCUMPLIMIENTO DEL CESIONARIO. 2. INCUMPLIMIENTO DEL CEDENTE.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad y como consecuencia del desarrollo del sector inmobiliario, ha adquirido importancia la permuta a propósito de la figura jurídica que surge cuando el propietario del solar transmite a otro su propiedad para que sobre él construya, a cambio de que le entregue determinadas viviendas, locales comerciales y/o plazas de garaje, un porcentaje de edificación, un derecho de vuelo o incluso prestaciones mixtas que incluyan una cantidad pecuniaria.

La operación económica de permuta de solar por edificaciones futuras no constituye en la praxis un tipo específico de contrato, sino más bien una diversidad de formas contractuales distintas, que se caracterizan por el hecho de que el titular de un solar enajena su propiedad o un derecho de vuelo a un tercero a cambio de una contraprestación futura en especie, o mixta de especie y dinero, consistente en la entrega (normalmente en propiedad, pero puede ser también en arrendamiento) de determinados pisos o locales en la construcción futura.

Para los promotores inmobiliarios esta operación es atractiva ya que no requiere privarse actualmente de la liquidez que requiere una compraventa ordinaria. Por su parte, para los propietarios de los solares es un modo de acceso a la vivienda más barato que el recurso al mercado, además de permitirles aprovecharse de la plusvalía futura de las viviendas residuales con objeto de revenderlas

posteriormente en el mercado, sin adquirir la condición de promotor a efectos de la responsabilidad por defectos constructivos¹.

A cambio de sus ventajas, la permuta tiene también sus riesgos. Para el cedente es arriesgada porque la contraprestación que se le debe se dilata en el tiempo y depende de factores poco controlables como la solvencia económica del promotor, que le permita concluir la obra. También soporta los riesgos jurídicos de que los inmuebles prometidos pasen a poder de tercero antes de su entrega al cedente (caso en el que por aplicación del art. 1295 *in fine*, se protege al tercero y no procede la resolución contractual sino el cumplimiento por equivalente aún cuando ni aquel ni el cesionario hubieran inscrito su derecho²), así como a los riesgos urbanísticos de que el terreno resulte expropiado o sometido a venta forzosa, con la consiguiente reducción del aprovechamiento urbanístico, el promotor no llega a adquirir o ve extinguidas las sucesivas facultades urbanísticas previstas en la legislación aplicable. Es difícil sustraerse a estos riesgos³. Si se establece una condición suspensiva o resolutoria para la cesión, ello impedirá que el promotor pueda obtener financiación bancaria para construir (incluso si se pacta posposición registral de la condición, como se infiere del supuesto contemplado en la sentencia del TS de 11 de noviembre de 2003) y sería una falta de estímulo para cualquier tercero que estuviera dispuesto a adquirir viviendas o locales en el edificio a construir.

Estos riesgos no quedan minorados mediante la fórmula de que el cedente retenga en su patrimonio los derechos reales correspondientes y conceda al promotor un simple derecho personal en forma de contrato de obra con pago en especie de los pisos o locales residuales. Es evidente que el promotor requerirá, por lo menos, un derecho real consistente que le permita construir y retener la propiedad sin necesidad de actos futuros que dependan del cedente y que pueda ser concedida en garantía al financiador. Es difícil, en este sentido, que un pro-

¹ En este sentido, véanse las SSTs de 18 de diciembre de 1990: Los cedentes del suelo se limitaron a transmitir el solar en que la edificación ha sido construida, generando con ello una permuta con prestación subsidiaria de obra, determinante de un contrato atípico *do ut des*, subsumible por analogía dentro de los términos del artículo 1538 del Código Civil. Ello no origina en los transmitentes del solar el carácter de promotor-constructor y por tanto no les alcanza la responsabilidad constructiva del artículo 1591 del Código Civil, y en sentido similar se pronuncia la STS de 11 de junio de 1994: El propietario del terreno que se limita simplemente a permutarlo con un constructor, a cambio de una parte (determinado número de pisos o de locales comerciales) de la obra que el constructor edifique sobre dicho terreno no puede considerarse promotor-constructor a los efectos de hacerlo responsable de los vicios constructivos del artículo 1591 del Código Civil.

² La sentencia del TS, de 16 de diciembre de 2002, contempla la improcedencia de la resolución de una permuta de suelo por inmueble a edificar por la existencia de terceros adquirentes de buena fe. Ante el incumplimiento del cesionario procede la indemnización de daños y perjuicios.

³ Así la sentencia del TS, de 18 de febrero de 2005, señala que la escritura de permuta confiere un título de dominio sobre la finca agrupada al promotor adquirente de ella, y otro sobre «cosa futura» (en la división de la construcción, una vez realizada) a los que entregaron aquellos, aun siendo garantizados por una condición resolutoria si el adquirente no cumpliera sus compromisos. Esta compra de «cosa futura» precisaba, para llegar a constituir título de dominio para sus adquirentes, de la construcción y entrega de su posesión a los mismos, lo que no se hace hasta la escritura de constitución de la propiedad y entrega de la posesión (con la pérdida voluntaria de la condición resolutoria no ejercitada), escritura posterior a la anotación del embargo.

motor acepte (como ocurrió, sin embargo, en las SSTs de 16 de noviembre de 1994 y de 20 de noviembre de 1991) que el cedente haga suyas las construcciones por vía de accesión y se comprometa a título de deuda a entregar al contratista diversos pisos en pago de la obra. También el constructor se arriesga a perder la inversión ya realizada, si el cedente resuelve por incumplimiento y los tribunales deciden considerar que el primero es un constructor de mala fe a efectos del artículo 362 del Código Civil.

Conciliar todos estos intereses no es fácil. En la práctica, el modo más eficaz de conciliar los intereses de todas las partes sería transmitir directamente la propiedad del solar a cambio de la prestación de una garantía independiente, como un aval bancario a primer requerimiento del cedente, por el que el banco se obligara a pagar una vez que hubiera recibido la reclamación de aquel o como en el caso contemplado en la sentencia del TS de 21 de abril de 1989, previa contratación por el promotor cesionario de un seguro de crédito y caución con indemnización exigible a primer requerimiento del cedente, sin posibilidad de oponer excepciones por parte del garante.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Doctrinalmente se ha discutido la naturaleza de este contrato y podemos señalar tres corrientes: la mayoría de nuestros juristas se inclinan por considerarla como permuta especial de cosa presente por cosa futura. Otro sector prefiere hablar de permuta con prestación subordinada de obra, existiendo también posturas intermedias que lo califican como contrato atípico, contrato de aportación, etc.

Así, MERINO HERNÁNDEZ⁴ configura esta modalidad contractual como «permuta de solar por pisos a construir», indicando que «de los pocos autores que de ella se han ocupado, todos dan en calificar al negocio de permuta, aunque no ordinaria, sino teñida de cierta especialidad que le da el versar uno de los objetos del contrato sobre una cosa futura como son los pisos o locales a construir».

Suele configurarse entonces como permuta de cosa presente por cosa futura y, encuadrarse dentro de la teoría general de los negocios y especialmente de la compraventa sobre cosa futura⁵.

En la misma línea, GARCÍA CANTERO⁶ indica que debido a las especiales circunstancias socioeconómicas, se ha desarrollado bastante en los últimos años la contratación en forma de permuta consistente, fundamentalmente, en el cambio de solar por un determinado número de pisos o locales a construir en el mismo. Aunque haya gran variedad de fórmulas jurídicas que permiten obtener idéntico o parecido resultado económico, no hay duda de que la permuta es uno de los

⁴ MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, editorial Tecnos, Madrid, 1978, págs. 343 y sigs.

⁵ MERINO HERNÁNDEZ, «Concluimos por nuestra parte que, salvo expresa declaración de las partes interesadas, el contrato por el que una de ellas ceda la propiedad de un solar a cambio de un número determinado de apartamentos a construir sobre él, será una permuta de cosa presente por cosa futura, a la que en principio, le serán de aplicación todas y cada una de las normas previstas para la permuta ordinaria... y sin perjuicio de las especialidades propias de este convenio, derivadas del carácter futuro de uno de los objetos de la prestación», *op. cit.*, pág. 351.

⁶ GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBADALEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo XIX, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 795.

negocios típicos que pueden lograr aquella finalidad. Se trata de «una permuta de una cosa presente por una futura».

La Jurisprudencia se inclinó en un principio por su consideración como permuta, así en la STS de 9 de noviembre de 1972: Se entregó la casa para ser demolida, pagando el comprador el precio del solar al antiguo propietario mediante la entrega de uno o varios de los pisos a construir, fórmula que es muy frecuente en la moderna contratación y que encaja dentro de los términos del artículo 1538 del Código Civil, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse el mismo. Últimamente se inclina por su conceptualización como contrato atípico *do ut des*⁷, así en sentencia del TS de 24 de octubre de 1983: «...el derecho a edificar vuelos sobre el solar propiedad de ambos a cambio de obra que construirá la otra parte, estipulándose que por dicha cesión el constructor entregará a los cedentes la planta baja dividida en dos locales comerciales y las dos viviendas del entresuelo, correspondiendo a cada uno de los cedentes un local y una vivienda de las citadas, pero sin concretar las respectivas superficies, aunque sí las características y la calidad de los materiales a emplear en la edificación; con lo que se está en presencia de un negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir, figura que la doctrina mayoritaria conceptúa como permuta con prestación subordinada de obra».

La sentencia de 12 de diciembre de 1988 señala que: «...la atipicidad proclamada de esta clase de negocios jurídicos encasillables en el artículo 1538 del Código Civil como contratos de permuta por su mayor aproximación de estructura negocial, no es sino consecuencia de que el precedente de la permuta a partir del derecho prejustiniano, es el de los contratos innominados *do ut des*, lo que no empece para el otorgamiento de la escritura de permuta en ejecución de lo convenido...».

Por su parte, la sentencia del TS, de 21 de julio de 1997, dice: «La permuta de solar por obra a construir, por cosa futura, no es exactamente un canje de cosa por cosa, sino un contrato complejo, de tracto sucesivo, generador de obligaciones, las cuales puede proteger el que entrega el solar por los distintos medios que el derecho establece, pero no por la simple eficacia de una cláusula resolutoria, pues mientras no se reconoce judicialmente no puede esgrimirse frente a tercero que embarga al titular dominical al tiempo del embargo».

Dicho esto, la permuta de solar por obra futura puede configurarse, y así lo entendió el artículo 13 del RH, introducido en la reforma de 1998, de forma que la contraprestación sea una mera obligación personal o genere un derecho real (en realidad un *ius ad rem*) sobre la obra futura:

a) COMO DERECHO PERSONAL

La DGRN considera que si el compromiso de entregar la cosa futura se configura como una obligación personal quedará excluida del Registro, sin perjuicio de hacer una breve referencia a la misma en el asiento que recoja la adquisición del solar. Para estos supuestos tiene pleno fundamento la regulación del párrafo 4.º del artículo 13 del RH, que procede de la Resolución de la DGRN de 5 de

⁷ STS de 5 de junio de 1989: «Es un contrato atípico *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque se aproxima a la permuta».

octubre de 1994, ya que una cosa es la mera expresión concisa de la contraprestación como causa de la adquisición, que es lo que se permite y otra diferente como titularidad real inscribible, que requiere una garantía real⁸.

En estos casos el transmitente del solar no adquirirá la propiedad de los pisos hasta que se realice la entrega por parte del constructor, que se formalizará en acta notarial de entrega. En consecuencia, dado que la permuta de solar por obra futura determina la transmisión inmediata del solar a cambio de una obligación futura de entrega, el constructor que adquiere el solar podrá, salvo pacto en contrario, hipotecar por sí solo el inmueble, sin el consentimiento del transmitente del solar.

b) COMO DERECHO REAL O *IUS AD REM* SOBRE LA OBRA FUTURA

La DGRN ha pretendido reforzar la posición del cedente del solar frente a los acreedores del constructor, sosteniendo que el derecho sobre un piso o local en edificio a construir pueda tener carácter real, de modo que a partir del otorgamiento de la escritura el cedente del solar deviene propietario del piso, pudiendo ejercitar la acción reivindicatoria y la terceraía de dominio en caso de embargo de los pisos por deudas del constructor cesionario y que, por tanto, nada obsta para su inscripción en el folio abierto al solar (art. 8.4 de la LH), desde el mismo momento de celebración del contrato, al tener la escritura de permuta efecto traditorio inmediato *ex* artículo 1462 del Código Civil.

En concreto, la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996⁹ reconoció este carácter real al señalar que si la cosa futura son pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal que están perfectamente delimitados con fijación incluso de su cuota y en la propia escritura de permuta se pacta la *traditio* instrumental, no será necesaria la entrega posterior que ya se haya efectuado en aquella, de manera que si se presenta la declaración de obra nueva y división horizontal, los pisos o locales en construcción que sirven de contraprestación a la permuta deberán ya inscribirse a nombre del transmitente del solar. Y la hipoteca del inmueble requerirá el consentimiento tanto del constructor como del

⁸ Obsérvese que cabría su aplicación analógica para otros supuestos en que se establezca una contraprestación personal en un acto inscribible, como por ejemplo, transmisión de un inmueble a cambio de una pensión o renta vitalicia sin garantía real o incluso pactos sobre precio aplazado no garantizado.

⁹ La RDGRN, de 16 de mayo de 1996, señala que aún habiéndose pactado en la escritura de permuta que «La indicada entrega (de los pisos futuros, por el constructor al originario dueño del solar) se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación», es admisible, al tiempo de la inscripción de la declaración de obra nueva y división horizontal, inscribir directamente los pisos afectados (cuya descripción era coincidente en las escrituras de permuta y de obra nueva y propiedad horizontal) a favor del originario dueño del solar, pudiendo incluso practicarse esta última inscripción, como segunda de cada una de las fincas, después de haberse practicado una primera a favor del constructor, e igualmente sin necesidad de que se haya otorgado la referida acta de entrega (bastando al efecto la simple nueva presentación de la escritura de permuta). Argumenta la Dirección General que la transmisión dominical ya se produce con el otorgamiento de la escritura de permuta (art. 1462 del CC) y que «ese deber de entrega del constructor al dueño del solar que se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse mediante acta notarial...deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor...».

transmitente del solar, a menos que queden excluidos de ella los pisos o locales que sirven de contraprestación.

La redacción dada a los tres primeros párrafos del artículo 13 del RH por el Real Decreto de 4 de septiembre de 2008 seguía esta tendencia, pero fue anulada por la sentencia del TS de 31 de enero de 2001 (Sala 3.^a) porque:

1. La *traditio ficta* del artículo 1462.2 del Código Civil presupone siempre la realidad de la cosa y admitir en este caso la existencia de un derecho real supone alterar nuestro sistema legal del título y el modo, convirtiendo la transmisión del dominio en meramente convencional y disponible.
2. Porque establece el contenido de los derechos y obligaciones de una singular figura contractual, ya que la vía reglamentaria no es el cauce adecuado para ordenar el sistema de adquisición dominical ni la configuración de los contratos.

III. MODALIDADES

La figura jurídica que estamos analizando puede revestir diversas formas que pasamos a exponer:

1. PERMUTA DE SOLAR POR CONSTRUCCIÓN FUTURA

Es la fórmula más simple. El cedente transmite la propiedad del solar y el cesionario se compromete a transmitirle o entregarle en el futuro determinadas unidades inmobiliarias. Son frecuentes formas mixtas de permuta y compraventa, cuando el cedente recibe en dinero parte de la contraprestación¹⁰. Lo dicho no significa que la configuración como permuta exija una equivalencia exacta entre el valor del solar y el de las unidades inmobiliarias objeto del contrato, por más que así lo impongan a efectos puramente fiscales los artículos 10.1 LITP y AJD y 18 LIVA, desde el momento en que las normas fiscales no afectan a las relaciones existentes entre las partes, ni autorizan otra cosa que la adopción de las medidas sancionadoras en ellas establecidas.

2. PERMUTA DE SOLAR POR PARTICIPACIÓN EN PORCENTAJE DE LO CONSTRUIDO

Esta forma de contraprestación no es inusual, la jurisprudencia se ha referido a ello en SSTs de 24 de febrero de 1993, 28 de enero de 1994, 11 de diciembre de 1995 y 19 de julio de 2002, entre otras. Si el porcentaje participado es de la obra como tal, se habrá constituido una comunidad sobre ella y seguramente habrá que considerar que, frente a terceros acreedores, existe una sociedad interna entre el cedente y el cesionario. Así, la sentencia del TS, de 28 de enero de 1994, señala: «Mediante su aportación del solar, el cedente se hizo partícipe del negocio constructivo, adquirió en el edificio construido una participación proindiviso del 25 por 100 e intervino como tal copropietario en la venta a terceros de los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal; de ahí que deba ser considerado

¹⁰ SSTs de 26 de abril de 1988, 18 de abril de 1997, 9 de octubre de 1997 y 19 de julio de 2002.

como promotor incluido en el ámbito de responsabilidad del artículo 1591 del Código Civil al igual que la constructora codemandada».

Este tipo de fórmulas hacen partícipe al cedente de los riesgos de la construcción y del régimen específico de responsabilidad del promotor y, pueden dar lugar a conflictos cuando ha existido aumento de lo construido respecto de lo proyectado.

El porcentaje no puede ser una cuota indivisa del edificio, sino un número predeterminado de pisos o locales. En cualquiera de los casos, la falta de especificación de estos inmuebles impedirá que pueda tener lugar la adquisición de la propiedad de los pisos antes de su especificación y entrega efectiva (pero considero que ni siquiera en el primer caso impedirá la validez del contrato por falta de determinación del objeto como entiende erróneamente la STS de 10 de octubre de 1997).

3. CESIÓN DE DERECHO DE VUELO A CAMBIO DE VIVIENDAS O LOCALES FUTUROS

Es una fórmula negocial consistente en que el permutante retiene la propiedad del solar hasta que se otorga la declaración de obra nueva y división horizontal, en la que tendrá que concurrir con el titular del derecho de vuelo, ya que la propiedad inicial del solar deberá transformarse en una cuota de copropiedad sobre el nuevo elemento común. A partir de este momento, ambos aparecerán como propietarios en régimen de propiedad horizontal. Se refiere a este supuesto el TS en sentencias de 31 de marzo de 1980, 30 de noviembre de 1984 y la RDGRN de 5 de febrero de 1986.

4. RESERVA DE VUELO Y TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD DE SOLAR CON PRESTACIÓN SUBORDINADA DE OBRA

En este supuesto, el cedente se reserva el derecho de vuelo sobre determinados pisos o locales y el promotor que deviene propietario del solar, contraerá con aquel la obligación propia del contratista de obras.

5. PARTICIPACIÓN DEL APORTANTE DEL SOLAR EN LOS BENEFICIOS DE LA VENTA

La STS, de 17 de diciembre de 1986, considera que se trata de un contrato complejo y atípico con analogías societarias. Frente a terceros, podemos considerar existente una sociedad puramente interna, cuyo régimen se remite a las normas de la comunidad. Por su parte, la STS, de 26 de abril de 1988, entiende que existe un contrato de sociedad si el dueño aporta la propiedad del solar y el constructor su industria acordando repartirse el precio de la venta; según esta sentencia sobre las fincas no enajenadas ostentarán ambos contratantes una comunidad ordinaria.

6. AUTOPROMOCIÓN EN COMUNIDAD

Cabe que los comuneros pacten en la escritura de obra nueva la atribución privativa a cada uno de los pisos y locales que les van a corresponder, sin nece-

sidad de llegar a este resultado final por medio de una disolución de comunidad sobre el edificio futuro. La RDGRN, de 18 de abril de 1988, señala que en tanto la construcción no esté concluida, o por lo menos comenzada, no podrá hacerse constar en el Registro que existe ya sobre cada local o apartamento una propiedad separada: es decir, no podrá todavía inscribirse el régimen de propiedad horizontal como tal, pues para que esto tenga lugar el artículo 8 de la LH, números 4 y 5 exige que la construcción esté concluida o, por lo menos comenzada. Pero desde que se produzca el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda o local, procede la inscripción y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca tienen los titulares registrales, como para hipótesis análogas prevé la misma Ley. Pero pueden pactar igualmente una constitución recíproca de derechos de vuelo a favor de cada uno de los partícipes, que recaerán sobre los pisos o locales previamente asignados. Incluso en un momento anterior a la declaración de obra nueva, cuando ni siquiera existía proyecto del edificio a construir, la RDGRN de 17 de julio de 1998, en contra del criterio del Registrador, permitió inscribir en el folio del solar la escritura por la que los comuneros constituían un régimen de prehorizontalidad y se atribuían desde ese momento la propiedad individualizada de las viviendas a designar en el futuro, que cada uno construiría a su costa.

7. CONTRATO DE OBRA CON CONTRAPRESTACIÓN EN ESPECIE CONSISTENTE EN LA ENTREGA DE UNIDADES CONSTRUIDAS

Esta modalidad no plantea dificultades cuando se celebra entre particulares, pero plantea problemas de legislación aplicable cuando la Administración aparece como permutante y no como comitente de una obra pública. La STS, de 23 de septiembre de 2003, considera que no es un contrato público de obras, sino un contrato atípico privado, aquel por el que el Ayuntamiento cede a una constructora un solar de su propiedad, desafectado a cambio de la construcción de un frontón cubierto y una plaza pública, reteniendo el contratista el derecho a construir y vender una planta baja y 200 plazas de garaje. Conviene que tengamos en cuenta que la naturaleza de la permuta exige que la propiedad pública se ceda actualmente a cambio de propiedad futura. Si la propiedad se retiene por la Administración, cuando el contratista entrega, paga en especie, entonces no hay permuta, sino contrato de obra con pago en especie (dación en pago convenida con anticipación) como señaló la RDGRN de 9 de septiembre de 2000, que consideran que no es inscribible por conculcar la regulación de la contratación administrativa y por entregar la propiedad de bienes públicos por un procedimiento distinto al de subasta.

IV. LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO DE LOS INMUEBLES OBJETO DEL CONTRATO

1. PLANTEAMIENTO

Los elementos comunes que caracterizan las diversas modalidades que puede adoptar la cesión de solar a cambio de obra, conlleva la existencia de dos obligaciones fundamentales que el cesionario asume en virtud del contrato de

cesión y que de algún modo están presentes en todas las formas contractuales: la obligación de construir y la de entregar¹¹.

La obligación de construir la asume todo cesionario independientemente de la forma en que se articule el contrato de cesión, pero no ocurre lo mismo con la obligación de entrega, que puede ser distinta y plantea problemas diferentes según la forma en la que se desarrolle la cesión.

En un sentido amplio, podemos decir que la obligación de entrega incluye, en primer lugar, el traspaso de la posesión del solar del cedente al cesionario, que se debe producir con independencia del cauce contractual utilizado por los particulares, ya que para que se cumpla la finalidad del contrato que es la construcción es necesario que el constructor ostente la tenencia material del terreno y esté legitimado para realizar todos los trámites necesarios para llevar a término la obra. Pero fundamentalmente, la obligación de entrega se traduce en la transmisión del dominio de los inmuebles objeto del contrato. Dependiendo de cómo quede configurado por las partes el contenido del contrato, se producen dos transmisiones dominicales: la transmisión del dominio del solar del cedente al cesionario y la transmisión de los inmuebles del constructor al cedente.

La transmisión del dominio del solar no plantea problemas, ya que se trata de la transmisión a título oneroso de un bien presente, por el contrario, las dificultades para explicar cómo y cuándo se produce la adquisición por el cedente del dominio de los bienes inmuebles derivan de su inexistencia física en el momento de la cesión. Como sabemos, el carácter futuro del objeto no impide la validez del contrato *ex* artículo 1271 del Código Civil, pero la cuestión que se plantea es la relativa a la naturaleza del derecho del cedente hasta el momento en que los bienes lleguen a existir efectivamente y, en definitiva si podemos admitir un derecho real sobre cosa físicamente inexistente, lo que dependerá de la forma en que se haya articulado el negocio.

2. LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN LOS CONTRATOS SOBRE COSA FUTURA

La determinación del momento adquisitivo de la propiedad cuando el objeto es futuro es diferente según el sistema traslativo que sigamos en cada ordenamiento jurídico, así es necesario distinguir entre los sistemas consensualistas de transmisión del dominio y el sistema abstracto alemán.

En Derecho alemán la transmisión de la propiedad se produce mediante un negocio traslativo celebrado entre el transmitente y el adquirente por el que manifiestan su intención de que se produzca la transmisión¹². Por el contrario,

¹¹ En determinados supuestos puede incumbir a cedente o cesionario, según se pacte la realización de determinadas actividades que son necesarias para llevar a cabo el contrato, pero que, al no constituir su fin principal, podemos calificar de obligaciones accesorias (así las califican ZURITA MARTÍN, «El contrato de aportación de solar», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 51, Madrid, 1995, pág. 43, y ÁLVAREZ MORENO, «La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido», en *Aranzadi Civil*, núm. 4 de mayo, 1995, pág. 29) como, por ejemplo, la demolición de construcciones preexistentes o el desalojo de ocupantes del inmueble cedido.

¹² Este sistema se basa en la distinción entre el negocio dispositivo específico por el que se produce la adquisición de la propiedad y el contrato anterior que determina su origen y que solo es fuente de obligaciones, pero que no genera ningún efecto traslativo. Según este sistema, la transmisión de los bienes muebles se produce por el acuerdo sobre la transmi-

en los sistemas francés e italiano rige el sistema consensualista de transmisión del dominio, según el cual la propiedad y demás derechos reales se transmiten por el mero consentimiento, sin necesidad de entrega.

Cuando el objeto del contrato es un bien futuro, el problema que se plantea es la imposibilidad de transmitir bienes que no existen en el momento de contratar. En Italia esta cuestión está expresamente regulada en el artículo 1472 del Codice Civile, relativo a la compraventa de cosa futura, en virtud del cual en la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verifica en cuanto la cosa tenga existencia, con lo cual queda solucionado el problema del momento en que se produce la transmisión del dominio. Durante el periodo que media entre la celebración del contrato y la existencia del bien, el adquirente tendrá un simple derecho de crédito, lo que significa que queda al margen de los riesgos derivados de la obra, pero al mismo tiempo también le deja a merced de la actuación del transmitente, que puede enajenar o gravar el inmueble objeto del contrato y puede verse afectado por los créditos de terceros acreedores del transmitente o del constructor.

Por su parte, en Francia hay que tener en cuenta dos circunstancias fundamentales: no se regula expresamente la compraventa de cosa futura, pero sí la compraventa de inmuebles a construir. La diferencia fundamental entre las dos modalidades es la manera en que se produce la adquisición de la propiedad, en la venta a término la transmisión de la propiedad de los inmuebles se produce en el momento en que la obra está terminada, constatándose dicha circunstancia mediante un acta auténtica y los efectos de la adquisición serán retroactivos, lo que implica la nulidad de cualquier acto dispositivo efectuado por el vendedor en el tiempo intermedio, mientras que en la venta en estado de futura terminación, el vendedor transfiere inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo y la propiedad sobre las construcciones existentes y las obras futuras las va adquiriendo el comprador a medida que se realizan (de manera que el contrato tiene efectos reales inmediatos).

A diferencia de estos sistemas, en nuestro ordenamiento jurídico rige el sistema del título y el modo *ex* artículo 609 del Código Civil, en virtud del cual la transmisión de la propiedad y demás derechos reales exige además del título (el contrato) la entrega del bien (modo o *traditio*). Por lo tanto y atendiendo a los principios que rigen este sistema de transmisión de los derechos reales, la cuestión del momento de adquisición de la propiedad, cuando el objeto es futuro, se plantea de manera distinta. Los contratos con objeto futuro tendrán plenos efectos desde el punto de vista obligacional y, posteriormente cuando lleguen a tener existencia es cuando será necesaria su entrega, en cualquiera de las formas legalmente válidas, para que se produzcan los efectos reales y con ello la transmisión.

3. LA CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE EDIFICACIÓN FUTURA

Los problemas derivados de la adquisición del dominio se manifiestan en los posibles conflictos que pueden surgir con terceros, ya que de la respuesta que demos a la pregunta de cuándo se produce la adquisición del dominio de

sión de la propiedad y la entrega del bien, mientras que si se trata de un bien inmueble la transmisión de la propiedad requiere, además del negocio traslativo, la inscripción en el Registro Inmobiliario.

los inmuebles por el cedente del solar depende tanto el momento a partir del cual el cedente podrá ejercitar con éxito la acción reivindicatoria frente a quien posea o pretenda ser dueño del inmueble de que se trate, como la situación del cedente frente a los embargos de que puedan ser objeto los inmuebles por deudas del constructor.

Las diferentes opiniones doctrinales se agrupan en torno a dos opciones:

En primer lugar, considerar que la transmisión solo se puede producir cuando los inmuebles existan físicamente, de manera que hasta que finalice la obra, el cedente del terreno solo tiene un derecho de crédito frente al constructor de carácter puramente personal¹³. Los argumentos que se aducen en defensa de esta posición se basan en la imposibilidad de que recaiga un derecho real sobre un objeto futuro y la imposibilidad de entrega de algo inexistente. Las consecuencias que se derivan de este planteamiento son: que el cedente solo puede transmitir el derecho de crédito que tiende a exigir la entrega de los pisos o locales que le corresponden, pero no la propiedad, tal y como señala la STS 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 del crédito, y lo mismo se deriva de la STS de 30 de octubre de 1989, que se refiere a una compraventa de un piso en construcción y en definitiva viene a reflejar un caso similar; una cesión de crédito. El punto más discutible es el relativo a los posibles embargos de terceros sobre los inmuebles por deudas del constructor; si partimos de reconocer al cedente solo un derecho de crédito no tiene ningún modo de oponerse al embargo, doctrina que se encuentra recogida en diversas sentencias del TS que desestiman la tercera 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 *inter partes*, pero no existe transmisión dominical a favor del comprador¹⁴.

La segunda opción es admitir la posibilidad de que se produzca la adquisición de un derecho real sobre los inmuebles (o al menos un derecho oponible a terceros) antes de que estos existan físicamente. En algunas ocasiones tanto el TS como la DGRN alegan que si el contrato de cesión se documenta en escritura pública, por aplicación del artículo 1462.2 del Código Civil se cumple el requisito de la *traditio* y el cedente es propietario de los pisos que le corresponden, aunque todavía no tengan existencia física¹⁵, para ello han de cumplirse dos requisitos: la voluntad inequívoca de las partes de transmitir y la determinación del objeto, exigencia que se cumple con el otorgamiento de la escritura de división horizontal. Esta es la doctrina que se desprende de la RDGRN, de 16 de mayo de 1996, a la que antes nos hemos referido. Los argumentos contrarios a esta tesis son la doctrina sentada por nuestro TS, según la cual la equivalencia de escritura y

¹³ GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, *Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999, págs. 462 y sigs.

¹⁴ En este sentido, las SSTs de 25 de octubre de 1988, 26 de noviembre de 1991, 15 de junio de 1992, 18 de septiembre de 1996 y 9 de octubre de 1997.

¹⁵ En contra de esta posibilidad, defendiendo que los problemas que se pretenden resolver de este modo tienen solución si se acude a otros modos de articular el contrato, en concreto los derechos de sobre y subedificación, ALONSO PÉREZ, «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del RH: los derechos de sobre y de subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 655, pág. 1026.

entrega exige la posesión efectiva en concepto de dueño por parte del *tradens*¹⁶. Frente a este argumento, la DGRN, de 16 de mayo de 1996, entiende que: «La escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega...». El requisito fundamental para que se produzca la *traditio* es la voluntad de transmitir y la Resolución entiende que en este caso es clara la intención de las partes de transmitir. El problema específico que presenta este caso es la necesidad de un acta notarial una vez terminada la obra, que según la Resolución debe entenderse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor; de manera que una cosa es la transmisión que opera en virtud de la escritura pública y otra cosa, es el cumplimiento total de la obligación de traspaso de posesión, que se cumple con el acta notarial.

La DGRN ha vuelto a establecer una doctrina similar en la Resolución de 5 de enero de 1999¹⁷, en la que se reconoce que la escritura de permuta ha producido el efecto traditorio (aunque los pisos se inscriben a nombre del cesionario). De la misma manera, también el TS asume esta doctrina en algunas sentencias, reconociendo 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 dominio¹⁸, como a los efectos de poder ejercitar la acción reivindicatoria¹⁹.

V. ASPECTOS REGISTRALES

La protección del derecho del cedente sobre los inmuebles se consigue reconociendo la naturaleza del derecho real, incluso antes de que el bien exista físicamente, siendo decisivo el papel que juega el Registro de la Propiedad. Tenemos que tener en cuenta que el reconocimiento del derecho real del cedente sobre los inmuebles lo pone a salvo de embargos, pero no protege su derecho frente a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (por ejemplo, terceros

¹⁶ SSTs de 1 de enero de 1992, 3 de septiembre de 1993 y 31 de mayo de 1996.

¹⁷ La RDGRN de 5 de enero de 1999 señala que de los términos del contrato de permuta resulta que la transmisión dominical de los inmuebles permutados se produjo desde el momento del otorgamiento de aquel, pues las partes, no solo no excluyeron, sino que expresamente reconocieron el efecto traditorio inherente a la escritura pública, quedando relegada a un momento posterior solamente la puesta material en la posesión del inmueble con la que concluiría el cumplimiento de la obligación de entrega. Por tanto la realización de dicha entrega material no supone nuevo consentimiento de las partes sino que se trata solo de hacer constar la realización de un hecho que no interfiere la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tuvo la escritura de permuta; debe concluirse que es esta el título apto para provocar la inscripción de los inmuebles objeto de permuta a favor de los respectivos cedentes. No siendo obstáculo, por otra parte, que un único título provoque dos inscripciones (la primera a favor del constructor y la segunda la que ahora se solicita), pues la inscripción parcial de un negocio, en modo alguno, puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídicos reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento.

¹⁸ Sentencia del TS, de 14 de noviembre de 1997, que le permite levantar los embargos trabados sobre los inmuebles por terceros debido a deudas del constructor.

¹⁹ Sentencia del TS, de 18 de mayo de 1994.

que adquieren del constructor aunque sea *a non domino* e inscriben su adquisición, esto solo se consigue cuando el derecho del cedente sobre los inmuebles accede al Registro. Verdaderamente, una vez que se logra esta constancia, da igual admitir o no el efecto traditorio de la escritura de cesión de solar porque de este modo será el juego de los principios registrales lo que proteja la situación del cedente y su derecho sobre los inmuebles frente a terceros²⁰.

Hay varias formas a través de las cuales el derecho del cedente puede tener reflejo registral, ya sea en la inscripción del solar o través de la mención de su derecho en el folio abierto a cada inmueble, una vez que estos consten inscritos conforme a las normas de inscripción de la propiedad horizontal: se puede conseguir la oponibilidad del derecho del cedente frente a terceros pactando en el contrato una condición resolutoria e inscribiéndola en el Registro *ex* artículo 11 de la LH. También se puede hacer constar, en la inscripción de propiedad del solar a nombre del constructor; la obligación que este asume de entregar determinados pisos o locales al cedente como contraprestación a la transmisión del solar como permite el artículo 10 de la LH, pero esta mención carece de efectos frente a terceros. Partiendo de esta premisa, la duda que nos surge es si dicha mención es suficiente para destruir la buena fe de los terceros, que de esa forma no estarían protegidos por la fe pública registral.

El supuesto de hecho que se plantea es el siguiente: ¿en caso de enajenación por el constructor del inmueble pactado como contraprestación, se ve afectado el tercero por las consecuencias del incumplimiento o conserva la propiedad del inmueble? El tercer adquirente que inscribe su derecho queda protegido por el principio de fe pública registral y por lo tanto mantenido en su adquisición, siempre que cumpla los requisitos tipificados en el artículo 34 de la LH.

Si la transmisión a la que nos estamos refiriendo se produce sin que conste ninguna mención en el Registro, entonces el tercer adquirente se considera de mala fe si se demuestra que conocía el derecho del cedente del solar sobre el inmueble. Si lo que consta en el Registro es una simple referencia de la obligación del cesionario del solar de entregar parte de la obra (un porcentaje, varios pisos o locales), entonces no parece que solo por esta mención se deba considerar al adquirente de mala fe, porque es perfectamente posible que desconozca que el constructor ha transmitido precisamente aquello que debía al cedente.

Aunque consideremos el derecho que corresponde al cedente sobre los pisos o locales como un verdadero derecho real, para inscribir su titularidad sobre los inmuebles es necesario que estos consten en el Registro. Con carácter general el inmueble futuro o en construcción accede al Registro a través del sistema previsto en nuestro ordenamiento jurídico para la inscripción del régimen de propiedad horizontal conforme al artículo 8.4 de la LH.

Mediante esta regulación, la Ley Hipotecaria está permitiendo la inscripción de edificios y pisos en construcción, pero *de facto* también la inscripción de edificios y pisos futuros, ya que según la doctrina comúnmente aceptada desde que fuera formulada por DE LA CÁMARA, la expresión «construcción comenzada»

²⁰ MUÑOZ DE DIOS, «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», en *Revista de Derecho Privado*, 1981, pág. 1071, propone como solución a la situación de desprotección de los adquirentes de pisos futuros, el que exista en el Registro de la Propiedad alguna indicación, que puede ser simplemente una nota marginal, que enerve el efecto protector de los terceros en cuanto a los pisos que corresponden al comprador (en nuestro caso al cedente); consistiría esta solución en crear un título que impida las múltiples ventas de un mismo piso en documento privado.

ex artículo 8 de la LH puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico, y así visto cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio queda definido mediante la confección del proyecto y la aprobación por las autoridades, es decir, «construcción comenzada» equivale a existencia de proyecto. El inmueble futuro se convierte así en un bien con existencia jurídica que puede ser objeto de tráfico jurídico.

La aplicación de este régimen al caso de la cesión de solar a cambio de obra supone que, una vez inscrita la propiedad del solar a nombre del constructor, este estará legitimado por sí mismo y sin necesidad de que concurra el cedente, salvo pacto en contrario, a inscribir la declaración de obra nueva y división en horizontal. Una vez inscrita la división horizontal, podrá abrirse un folio aparte a cada uno de los inmuebles del edificio aplicando el artículo 8.5 de la LH que permite la inscripción como una sola finca de los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen y, el cedente podrá si el contrato se ha documentado en escritura pública, inscribir su derecho sobre los inmuebles concretos que le corresponden.

De esta manera, la constancia de su derecho en el Registro otorga al cedente la protección derivada de los principios registrales y especialmente la oponibilidad de su derecho frente a terceros.

Tanto la posibilidad de que el derecho del cedente tenga reflejo registral a través de la inscripción del dominio del solar a favor del cesionario como por la vía de la inscripción de la propiedad horizontal, demuestran la importancia que el juego de los principios registrales tiene en esta materia. Pero en ambos casos, se trata de vías indirectas a través de las cuales se consigue que el contrato de cesión de solar y el derecho del cedente sobre los inmuebles que constituyen la contraprestación contractual accedan al Registro de la Propiedad y llegados a este punto es necesario que nos planteemos si es posible la inscripción del contrato de cesión de solar.

La reforma del RH producida por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, dio nueva redacción al artículo 13 del RH, regulando un cauce específico de acceso al Registro de ciertos contratos de cesión y configurando el derecho del cedente como un derecho oponible *erga omnes*, pero los tres primeros párrafos de dicho artículo fueron anulados por la sentencia del TS, de 31 de enero de 2001, por entender que la materia regulada excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario y además el contenido del precepto es contrario al sistema de adquisición de los derechos reales que sigue nuestro Código Civil basado en 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 en esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir. Este argumento resulta cuando menos discutible, ya que la interpretación de cómo debe entenderse el sistema del título y el modo aplicado a los negocios con objeto futuro es un tema que admite diferentes interpretaciones, sin que podamos afirmar, tal y como hace el TS, que sean ilegales las teorías que defienden la posibilidad de que el cedente pueda hacer efectivo su derecho sobre los inmuebles antes de que estos existan físicamente.

Ha triunfado aquí el modelo del artículo 1472 del Código Civil italiano, que establece que la propiedad de la cosa futura vendida se adquiere cuando aquella llega a existir. Considero que con ello no se protege la posición del titular del derecho, pues ni la llamada «titularidad preventiva» ni el efecto retroactivo de la condición cumplida sirven para evitar que el promotor enajene a terceros

protegidos por la fe pública registral o resulte embargado por sus acreedores, ni le concede al cedente posición jurídica que le habilite para concurrir al otorgamiento del título de la propiedad horizontal. Claro que la propia sentencia afirma que la protección del cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el modo. Pero también en el plano teórico resulta rechazable la justificación de la nulidad que contiene la sentencia, al confundir la titularidad registral del inmueble con la propiedad material que requiere una posesión inmediata de la cosa. A efectos registrales, el adquirente gana rango desde el momento de la inscripción y esta tiene que ser posible con la escritura de permuta unida o seguida de la división horizontal del inmueble al amparo del artículo 8.5 de la LH y 1462 del Código Civil. El hecho de que la vivienda se construya y entregue pertenece al ámbito de las obligaciones que el promotor asume frente al cedente, no al ámbito de la adquisición del dominio en sentido registral.

En definitiva, con la declaración de nulidad del artículo 13 del RH desaparece la única vía que existía para que estos contratos tengan acceso directo al Registro de la Propiedad y el intento de regulación representado por este artículo, demuestra la importancia que tiene el Registro de la Propiedad en la transmisión del dominio de los inmuebles futuros, hasta tal punto que podemos decir que existiendo inscripción, se soluciona el problema de los conflictos del cedente con terceros, ya que su derecho será oponible y por el contrario, no existiendo inscripción son defendibles diversas posibilidades y la solución de cada caso concreto dependerá del Tribunal a cuya consideración se someta el conflicto planteado.

VI. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

1. INCUMPLIMIENTO DEL CESIONARIO

El incumplimiento del cesionario puede dar lugar a la resolución del contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil²¹, si conforme a la jurisprudencia existente en torno a este artículo, es de la suficiente entidad²². También puede configurarse negocialmente como una condición resolutoria expresa, con independencia del carácter esencial del incumplimiento²³. En ambos casos, procedería la devolución del solar construido al cedente y el cesionario no tendría ningún derecho de reembolso por las obras ya realizadas *ex* artículo 1122.6 del Código Civil.

Sin embargo, el TS ha evitado tan rigurosa consecuencia, en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la STS de 16 de diciembre de 2002 ha entendido que cuando los elementos construidos, objeto de la permuta, se han entregado por el cesionario a compradores de buena fe en documento privado no procede la resolución sino el incumplimiento por equivalente por el importe dinerario de los pisos no entregados valorados a la fecha de su terminación y, ello con independencia de que los terceros no estén protegidos por el artículo 34 de la LH al carecer tanto

²¹ Entendemos que no es aplicable el artículo 1504 del Código Civil, en este sentido, vid. STS de 31 de julio de 1995, en contra, se pronuncia la STS de 22 de noviembre de 1994.

²² Véase la STS de 21 de octubre de 1999.

²³ STS de 19 de julio de 2002.

ellos como el cesionario vendedor de título inscrito por considerar aplicable el artículo 1295 *in fine* del Código Civil.

En segundo lugar, ha considerado que se debe aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa, bien como doctrina general, bien como deducción directa del artículo 361 del Código Civil, de esta manera, el acreedor deberá abonar las obras ya realizadas, en la medida de su coste o de la plusvalía que incorporen al terreno²⁴, a menos que se haya pactado una cláusula penal por la que el cedente adquirirá las obras realizadas hasta el momento de la resolución²⁵.

La aplicación de la regla que veda el enriquecimiento anula el efecto garantista de la condición resolutoria; en la mayoría de los casos el cedente no dispondrá de medios económicos para realizar aquel reembolso, aparte de que seguramente no le reportará interés alguno la adquisición de lo ya construido.

Otra cuestión interesante que plantea la resolución contractual del derecho del cesionario es la que se ocasiona desde el punto de vista registral en los casos de solicitud de reinscripción a favor del cesionario por ejercicio de la condición resolutoria inscrita, por el cambio del marco fáctico consistente en que sobre el solar cedido ya se ha construido un edificio dividido horizontalmente y por lo tanto conformado por fincas distintas de la cedida que debería conformar el objeto de la devolución de la prestación del cedente y, por el cambio del marco jurídico consistente en la existencia de asientos posteriores a la inscripción de la condición resolutoria, lo que por un lado hace imposible la reposición de la situación a su estado primitivo y, por otra revela la existencia de intereses de los acreedores que podrían estar necesitados de amparo judicial. La DGRN, en Resolución de 14 de septiembre de 2000, ha entendido que la inscripción de la obra nueva y la constitución de la propiedad horizontal sobre el solar cedido no impiden la constancia de la resolución y la reinscripción de los elementos contruidos a favor del cedente.

En lo relativo a los asientos posteriores existentes, como concursos, embargos o hipotecas, deben subsistir pese a la reinscripción de los inmuebles gravados a favor del cedente y a pesar de la fecha anterior de la inscripción del contrato con cláusula resolutoria expresa²⁶. Sin embargo, ya en la vía judicial la mera anotación de demanda de resolución contractual anterior a la adquisición de los terceros impedirá que estos puedan alegar su buena fe, aún cuando la anotación del embargo trabado por ellos fuese anterior a aquella, por no atribuir la anotación de embargo los efectos hipotecarios de fe pública registral.

Atendiendo a la doctrina registral expuesta, podemos decir:

- a) Para la cancelación de los derechos o cargas posteriores recayentes sobre los bienes adquiridos con condición resolutoria, una vez operada la resolución, es preciso el previo depósito o consignación de todas las cantidades que el transmitente de los bienes hubiera recibido en contraprestación *ex* artículo 175.6 del RH.
- b) No puede accederse a dicha cancelación por consecuencia de una resolución voluntariamente acordada por transmitente y adquirente, ya que los asientos extendidos en el Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1 de la LH), lo que determina que para su cancelación se precise, como regla general, bien el consentimiento del

²⁴ STS de 5 de julio de 1989, 19 de junio de 1996 y RDGRN de 23 de julio de 1996.

²⁵ SSTs de 24 de noviembre de 1993 y de 23 de julio de 1996.

²⁶ RRDGRN de 20 de diciembre de 1999 y de 14 de septiembre de 2000.

titular respectivo, bien la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo entablado contra él.

- c) Los contratos solo producen efectos jurídicos entre los otorgantes y sus causahabientes, quedando excluida la renuncia en perjuicio de terceros por el juego de los artículos 6, 1937 y 107 del Código Civil.

2. INCUMPLIMIENTO DEL CEDENTE

En lo relativo a la resolución del derecho del cedente, las hipótesis de incumplimiento se centran principalmente en la inexistencia de identidad entre el solar objeto de permuta en el momento de su perfección y el terreno edificable que finalmente pudo entregarse por aquel al cesionario en el momento de su consumación.

La principal cuestión a plantear es la de determinar si la permuta inmobiliaria es un contrato a precio alzado o si, por el contrario, cabe acción de reducción del precio, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 1471 del Código Civil para el defecto de cabida en la compraventa de inmuebles. La STS de 30 de abril de 1999 declaró inaplicable dicho artículo a la permuta inmobiliaria, a pesar de que parte de la contraprestación se pactó en dinero complementario, siempre que este no exceda del valor de los pisos o locales objeto de la permuta, por lo que entendió aplicable el artículo 1124 del Código Civil, compatible con el artículo 1539 del Código Civil en sede de permuta, manteniendo así la vigencia del contrato con obligación de indemnizar por parte de los cedentes en función de la diferencia de metros. Sin embargo, la SAP de Burgos, de 7 de noviembre de 1998, entendió que la sociedad cesionaria había de soportar el riesgo del desconocimiento del planeamiento urbanístico, impidiendo así que se modificara la concreción del porcentaje atribuido a los cedentes. En los casos en que en la escritura de permuta quede reflejada la nueva situación del solar en relación con lo dispuesto en el contrato privado anterior, el cesionario que opta por el mantenimiento del contrato tiene acción contra los terceros que perjudicaron el objeto del contrato, lesionando su interés²⁷.

En la interpretación de las situaciones derivadas del incumplimiento es conveniente tener en cuenta que la realidad demuestra cómo en los contratos de permuta de solar por pisos el cesionario es el predisponente de las cláusulas contractuales, por lo que la regla *contra proferentem* del artículo 1288 del Código Civil ha de jugar en contra del mismo²⁸.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, A.: «Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996. Inscripción de escritura de segregación y permuta de solar por pisos futuros. Adquisición de la propiedad de los pisos. Modo de acceso al Registro del derecho del cedente del solar», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, 1997, págs. 61 a 74.

²⁷ STS de 11 de mayo de 1999.

²⁸ SAP de Salamanca, de 8 de julio de 1998.

- CHICO Y ORTIZ, J. M.: «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 638, 1997, págs. 177 y sigs.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La permuta de solar por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2011.
- «La inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión de suelo a cambio de edificación futura. Comentario a la RDGRN de 7 de mayo de 2009», en *RdP*, 2010, núm. 24, págs. 323 y sigs.
- LANZAS MARTÍN, E.: «El derecho del cedente del solar a cambio de obra futura: visión actualizada de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 688, 2005, págs. 697 a 709.
- MUÑOZ DE DIOS: «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», en *Revista de Derecho Privado*, 1981.
- PLANA ARNALDOS, M. C.: «Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, 2002, págs. 2079 y sigs.
- RUDA GONZÁLEZ, A.: «El contrato de cesión de suelo por obra tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 31 de enero de 2001», en *La Ley*, 2001, núm. 6, págs. 1536 y sigs.
- *El contrato de cesión de suelo por obra*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SERRANO CHAMORRO, E.: «El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997, págs. 1667 a 1710.
- *Cambio de solar por edificación futura*, Pamplona, 2002.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 9 de noviembre de 1972.
- STS de 31 de marzo de 1980.
- STS de 24 de octubre de 1983.
- STS de 30 de noviembre de 1984.
- STS de 17 de diciembre de 1986.
- STS de 26 de abril de 1988.
- STS de 25 de octubre de 1988.
- STS de 12 de diciembre de 1988.
- STS de 21 de abril de 1989.
- STS de 5 de junio de 1989.
- STS de 30 de octubre de 1989.
- STS de 18 de diciembre de 1990.
- STS de 20 de noviembre de 1991.
- STS de 26 de noviembre de 1991.
- STS de 1 de enero de 1992.
- STS de 15 de junio de 1992.
- STS de 12 de noviembre de 1992.
- STS de 24 de febrero de 1993.
- STS de 3 de septiembre de 1993.
- STS de 24 de noviembre de 1993.
- STS de 28 de enero de 1994.

- STS de 18 de mayo de 1994.
- STS de 11 de junio de 1994.
- STS de 16 de noviembre de 1994.
- STS de 22 de noviembre de 1994.
- STS de 31 de julio de 1995.
- STS de 11 de diciembre de 1995.
- STS de 31 de mayo de 1996.
- STS de 19 de junio de 1996.
- STS de 23 de julio de 1996.
- STS de 18 de septiembre de 1996.
- STS de 18 de abril de 1997.
- STS de 21 de julio de 1997.
- STS de 9 de octubre de 1997.
- STS de 14 de noviembre de 1997.
- STS de 30 de abril de 1999.
- STS de 11 de mayo de 1999.
- STS de 21 de octubre de 1999.
- STS de 9 de septiembre de 2000.
- STS de 31 de enero de 2001.
- STS de 19 de julio de 2002.
- STS de 16 de diciembre de 2002.
- STS de 11 de noviembre de 2003.
- STS de 23 de septiembre de 2003.
- STS de 18 de febrero de 2005.
- RDGRN de 5 de febrero de 1986.
- RDRN de 18 de abril de 1988.
- RDGRN de 5 de octubre de 1994.
- RDGRN de 16 de mayo de 1996.
- RDGRN de 23 de julio de 1996.
- RDGRN de 17 de julio de 1998.
- RDGRN de 5 de enero de 1999.
- RDGRN de 20 de diciembre de 1999.
- RDGRN de 14 de septiembre de 2000.
- SAP de Burgos, de 7 de noviembre de 1998.
- SAP de Salamanca, de 8 de julio de 1998.

RESUMEN

PERMUTA DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

En este artículo pretendemos analizar la figura jurídica denominada permuta de solar por edificación futura, consistente en que el propietario del solar transmite a otro su propiedad para que sobre él construya, a cambio de que le entregue determinadas viviendas, lo-

ABSTRACT

LOT-FOR-FUTURE-BUILDING SWAP REAL ESTATE CONTRACTS

When the owner of a lot of land swaps the lot for future building, the owner conveys ownership of the lot to another person, who is to build on the lot, in exchange for certain housing units, retail units and/or garage spaces, a percentage of the building, air rights

cales comerciales y/o plazas de garaje, un porcentaje de edificación, un derecho de vuelo o incluso prestaciones mixtas que incluyan una cantidad pecuniaria.

Se expone su naturaleza jurídica, modalidades, la determinación del momento adquisitivo de la propiedad cuando el objeto es futuro, lo que conlleva distinguir los sistemas de transmisión del dominio que existen en los distintos ordenamientos jurídicos, así como las interesantes implicaciones registrales que de ello se derivan, analizando los criterios jurisprudenciales sentados en la materia y distinguiendo los efectos que se producen según consideremos el derecho del cedente como un derecho personal o como un derecho real o *ius ad rem* sobre la obra futura.

or even combined considerations that include a sum of money.

We review the legal nature of such transactions, the modes of performance, the means of determining when ownership is acquired since the object exists in the future (which entails distinguishing among the systems for conveying ownership in different legislations) and the interesting implications for registration. The criteria of established case-law are examined, and attention is drawn to the difference between potential effects depending on whether the conveyor's right is regarded as a personal right or a real right (*jus ad rem*) in the future construction.