



**“ CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA. RENACIMIENTO DE
LA FIGURA”**

* * *

**Autor: Ester Mocholí Ferrándiz.
2016**

**Tesis codirigida por Dr. D. Íñigo A. Navarro Mendizábal y Dra. D^a Isabel De la
Iglesia Monje**

**Universidad Pontificia
ICADE Madrid**

RESUMEN DE TESIS

El negocio de cesión de solar a cambio de obra, tiene en la actualidad una revalorización, que se pone de manifiesto fundamentalmente debido a las necesidades de índole económica que se producen tras la crisis global y especialmente la del mercado de la construcción.

Se trata de un negocio que puede revestir una pluralidad de formas y en función de su configuración podemos aproximar la figura bien a supuestos de comunidad o de base asociativa, o bien a la permuta; teniendo en este último caso una regulación legal algo mas exhaustiva, y siendo este modelo el que en sus orígenes era el más frecuente. En nuestro ordenamiento, la cesión de solar a cambio de obra se encuentra carente de regulación legal completa y unitaria; contamos con la referencia del artículo 13 del Reglamento hipotecario, vaciado de contenido tras la decisiva sentencia del TS de 31 de enero de 2001.

Es por ello que, a los efectos de dar solución a muchos de los problemas que la figura plantea, se acude en el estudio al contrato de permuta, para tratar de aplicar por analogía sus normas en la medida en que son compatibles, y excluir la aplicación de aquellas vinculadas al “precio” que no pueden tener cabida. También se acude al derecho comparado, especialmente el francés, italiano, alemán, o la legislación catalana, que sí ha regula la figura, en cada una de las cuestiones más complejas que se van analizando.

La metodología utilizada, analítica y descriptiva, parte del análisis de los elementos que componen el negocio, los efectos del mismo, y las consecuencias del incumplimiento, para dar respuesta a cada cuestión por el derecho propio y comparado, la doctrina y la jurisprudencia.

Como resultará de este análisis, estimamos como lícita y mas beneficiosa para las partes, la hipótesis por la que el cedente no se desprende de la propiedad del solar, sino que se constituye una comunidad entre cedente y cesionario, que posteriormente tras la

ejecución de la edificación y declaración de obra nueva se convertirá en propiedad horizontal. Entendemos que esta fórmula garantiza mejor el derecho sobre la cosa futura que le corresponde a la parte mas desprotegida, el cedente, y potencia este negocio que tiene una destacada función social.

Palabras clave: Cesión de solar, Permuta inmobiliaria, Acceso al Registro de la Propiedad, Transmisión de la propiedad de pisos futuros

THESIS ABSTRACT

The plot cession in exchange for the constructed building business is a topic of growing interest due to the new economic needs resulting from the global economic crisis which has impacted particularly the housing market.

Such business may cover a whole variety of alternative figures and, depending upon its particular features, it can be assimilated to joint ownership situations or to the real state swap figure, being the latter the one with a more exhaustive legal regulation and most frequently used in the past. In our legal system, the plot cession in exchange for the constructed building lacks a complete and unitary legal regulation; the main current legal reference is contained in article 13 of the mortgage regulation which was devoid of substance as a result of the decisive judgement of the Supreme Court on the 31st of January of 2001.

As a result of this, and in order to tackle the problems that often arise in the practical application of the plot cession in exchange for construction, the rules applicable to the swap contract figure are usually considered, excluding those which refer to the price. It is also common practice to make use of the analysis of the comparative law, and in particular of the French, the Italian and the German law, or of the recent legislation in Catalonia to assess from a legal point of view the most complex issues.

The methodology used, both descriptive and analytical, stems from the analysis of the main elements which conform the plot cession business, its effects, and the penalties and actions resulting from the breach of contract in order to assess each of the potential difficulties through the application of the Spanish and the international law, the legal doctrine and the available case law.

The most lawful and mutually beneficial figure would be one through which the assignor does not give up the property of the plot, but rather allows the constitution of a joint property between the assignor and the assignee which will be in turn converted into

horizontal property rights following the finalisation of the construction works and the new building certification. We understand this figure is the one that offers the best guarantees over the future property to the most vulnerable party involved – the assignor – and may help to foster this type of business which plays a remarkable social role.

Key words: plot cession, real state swap, registry access, future real state property transmission.

ÍNDICE	9
Abreviaturas	15
PRIMERA PARTE	17
INTRODUCCIÓN	17
<i>CAPÍTULO I. CONFIGURACIÓN DE LA CESIÓN DE SUELO A CAMBIO DE OBRA. CONCEPTO Y CARACTERES</i>	31
<i>I.-Concepto</i>	31
<i>II.- Caracteres</i>	39
<i>CAPÍTULO II. CLASES</i>	53
<i>I.- Introducción</i>	53
<i>II.- Supuestos de aportación en común</i>	53
1.- Construcción en comunidad	54
2.- Sociedad civil	59
3.- Participación en ganancias	62
4.- Cesión de cuota indivisa de solar a cambio de obra	62
5.- Contrato de Aportación	67
<i>III.- Pluralidad de contratos</i>	69
<i>IV.- Cesión de solar a cambio de obra</i>	73
1.- Modalidad clásica	73
2.- Cesión a cambio de obra en edificio o solar distinto	74
3.- Cesión de vuelo	74
4.- Cesión de derecho de superficie	77

5.- Cesión de opción de compra	81
<i>V.- Otros</i>	84
1.-Cesión de derechos de carácter temporal	84
2.-Renuncia a derecho arrendaticio a cambio de vivienda a construir	85
3.-Contrato de obra con pago en especie	87
4.-Cesión de solar a cambio de beneficios en la venta de la obra	88
5.-Arrendamiento de solar a cambio de parte de la obra	88
6.-Cesión de solar y dación en pago de parte de la obra	89
7.- Sale and Leaseback	90
<i>CAPÍTULO III. RÉGIMEN LEGISLATIVO. ARTÍCULO 13 RH</i>	93
<i>I.- Régimen legislativo</i>	93
<i>II.- Artículo 13 RH</i>	96
<i>CAPÍTULO IV. ELEMENTOS</i>	109
<i>I.- Introducción</i>	109
<i>II.- Elementos personales. Consentimiento</i>	109
1.-Cedente	115
2.- Cesionario	127
3.- Intervención de otras personas en el contrato	128
<i>III.-Objeto</i>	130
1.-. Planteamiento general	130
2.-.El solar	135
A) Cesión de solar o suelo	135
B) Cesión de vuelo	139
C) Cesión de aprovechamiento urbanístico	141

D) Cesión de suelo ajeno	141
3.- La obra	149
A) Objeto	149
B) Determinación	157
IV.-Causa	169
V.-Forma	172
VI.-Otros elementos	178
1.- Término	179
2.- Condición	181
A) Suspensiva	184
B) Resolutoria	186
3.- Cláusula Penal	188
4.- Reserva de dominio	191
5.- Prohibición de disponer	193
SEGUNDA PARTE	197
<i>CAPÍTULO I. CONTENIDO Y EFECTOS DEL NEGOCIO DE CESIÓN</i>	197
I.- <i>La calificación como contrato mixto o complejo</i>	197
II.- <i>Obligaciones y derechos de las partes. Transmisiones dominicales</i>	206
1.- Obligaciones del cedente	207
A) Obligaciones preliminares	207
B) Entrega del solar	208
C) Entrega libre de cargas. Obligación de responder del saneamiento por evicción	215
D) Entrega de solar edificable	219
E) Entrega en plazo	223
2.-Obligaciones del cesionario	224
A) Entrega de pisos o locales como cosa futura.	
<i>Emptio rei speratae y emptio spei</i>	224

B) Entrega de la propiedad	229
C) Obligación de responder del saneamiento	238
D) Entrega en plazo	240
<i>III.-Propiedad horizontal</i>	241
<i>IV.- Aspectos registrales</i>	249
1.- Condición resolutoria	253
2.- Prioridad y rango	266
<i>V.- Doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado en relación a condición resolutoria y la preferencia registral</i>	269
1.-Inscripcion de la resolución de la cesión de solar a cambio de obra futura bajo condición resolutoria	269
2.- Preferencia registral y efectos respecto a terceros	283
<i>CAPÍTULO II. TRANSMISION DE LA PROPIEDAD EN LA CESION DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA</i>	291
<i>I.- Transmisión de la propiedad a favor del cesionario</i>	291
<i>II.- Transmisión de la propiedad de los pisos o locales</i>	298
<i>CAPÍTULO III. PROTECCCIÓN DEL CEDENTE</i>	309
<i>I.- Introducción</i>	309
<i>II.-Transmisión de derechos con la Escritura de cesión</i>	313
<i>III.- Cesión de cuota indivisa de solar</i>	314
<i>IV.- Constitución de derechos de vuelo o de superficie</i>	315
<i>V.- Condición resolutoria expresa</i>	318
<i>VI.- Condición suspensiva</i>	320
<i>VII.- Reserva de dominio</i>	321
<i>VIII.- Seguro de caución y aval bancario</i>	323
<i>IX.- Cláusula penal</i>	326

X.- Constitución de servidumbre	328
CAPÍTULO IV. INCUMPLIMIENTO Y EFECTOS	329
I.- Introducción	329
II.-Retraso en la entrega del solar	331
III.- Retraso en la entrega de los pisos o locales por el cesionario	333
IV.- Falta de entrega	341
1.- Entrega del solar o parcela	341
2.-Entrega de la obra	344
A) Entrega de la obra con defectos	344
B) Falta de cabida	351
C) Disminución de calidad	352
D) Vicios ruinógenos	354
E) Rescisión por lesión ultradimidium	364
V.- Efectos del incumplimiento frente terceros	365
CAPÍTULO V. EFECTOS TRIBUTARIOS	373
I.- Introducción	373
II.-Transmisión del solar	374
III.- Compromiso de entrega de la edificación futura	375
IV.- Entrega de la edificación finalizada	375
V.- Caso especial de consumación posterior del contrato mediante pago de cantidad en metálico	376
VI.- Otro supuesto especial: consumación posterior del contrato mediante la entrega parcial	377
CONCLUSIONES	385
Índice Sentencias Tribunal Supremo	411

Índice Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado	423
Bibliografía	425

Abreviaturas

A. = Audiencia

A.P. = Audiencia Provincial

A.C. = Aranzadi Civil

ADC = Anuario de Derecho Civil

Art. = artículo

BICR = Boletín Informativo del Colegio de Registradores

C.c.= Código civil

CCJC= Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

CCom. = Código de Comercio

D.= Decreto

DG = Dirección General

Disp.= Disposición

Edit.= Editorial

ed. = edición

Exp. Motivos = Exposición de Motivos

ITPy AJD = Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

IVA = Impuesto sobre el Valor Añadido

JC = Jurisprudencia Civil

LAU = Ley de Arrendamientos Urbanos

LCCF: ley Catalana de Cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura

LCS = Ley de Contrato de Seguro

LGDCU = Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios

LH = Ley Hipotecaria

LO = Ley Orgánica

LOE = Ley de Ordenación de la Edificación

LPH = Ley de Propiedad Horizontal

LS = Ley del Suelo

op. cit. = obra citada

PH = Propiedad Horizontal

RCDI = Revista Critica de Derecho Inmobiliario
RD = Real Decreto
RDGRN = Resolución de la Dirección General de Registro y del Notariado
RDLeg = Real Decreto Legislativo
RDN = Revista de Derecho Notarial
RDP = Revista de Derecho Privado
Res. = Resolución
RGD = Revista General de Derecho
RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH = Reglamento Hipotecario
RJ = Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RJC = Revista Jurídica de Cataluña
RJN = Revista Jurídica del Notariado
RN = Reglamento Notarial
S. = Sentencia
SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial
ss. = siguientes
STS = Sentencia del Tribunal Supremo
t. = tomo
TC = Tribunal Constitucional
TR = Texto Refundido
TS = Tribunal Supremo
Vid. = Ver
Vol. = Volumen
VPO = Vivienda de Protección Oficial

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, hubiera parecido oportunista la elección de este tema, en pleno boom inmobiliario, cuando las cesiones de suelo a cambio de pisos o locales eran algo cotidiano; cuando los municipios aprobaban con gran fluidez planes de actuación y modificaban las calificaciones del suelo, para incrementar el suelo urbano.

Hemos vivido recalificaciones que acto seguido implicaban en mayor o menor medida que muchos de los particulares, ante la imposibilidad de costear la reparcelación, casi desde el inicio del proceso procedieran a ceder sus solares a cambio de obra futura. Y en muchos casos, “tan futura”, que se distanciaba mucho de lo que realmente implica la determinación de la obra a realizar. Esto se evidencia en la cantidad de conflictos judiciales que se han vivido entre los años 1985 a 2000.

Pero sin embargo, la crisis que se inicia o asoma en el 2005, y aumenta a pasos gigantescos a partir del 2010, transforma el panorama urbanístico, desacelera la construcción, incluso llegando a pararla drásticamente. Aun hoy seguimos con sequia se nuevos planes de actuación unido además a la gran corrupción que casi la mayoría de entes municipales se ha venido dando unido al fenómeno del ladrillo. Por ello realmente en la actualidad no es un tema de moda, y además aun estamos faltos de una regulación esperada que sin embargo parece que no va llegar.

Como resulta de la comparativa derivada de las estadísticas proporcionadas por el Ministerio de Fomento, y recogidas en el Observatorio de la Vivienda y Suelo¹, (Boletín 2013/2014, último publicado), teniendo en cuenta que los datos que se incluyen en este boletín, son los publicados por los diferentes organismos y entidades, hasta el 15 de junio de 2015, se destacan las siguientes conclusiones.

¹ *Observatorio de Vivienda y Suelo*, boletín anual de 2012, que recoge estadísticas de la actividad de la construcción y promoción residencial de vivienda hasta mayo de 2013. Y boletín anual de 2014, publicado en junio de 2015.

A lo largo del año 2012, la crisis en el ámbito inmobiliario arrojaba los siguientes datos:

1ª La concesión de licencias por parte de los ayuntamientos para la construcción de viviendas de nueva planta continuaba en descenso de los últimos años, llegando a situarse en 57.543 viviendas en 2012. Sin embargo, el porcentaje de licencias de rehabilitación, que antes del inicio de la crisis representaba el 3% de las de nueva planta, empezaba ya a crecer, hasta alcanzar el 13% en el año 2012.

2ª Otro indicador característico de la actividad de la construcción de viviendas es el número de visados de dirección para el inicio de obra, ofrecido por los colegios oficiales de arquitectos técnicos. Conforme al mismo, en el año 2012, el número de visados fue de 44.162, una cifra que representa apenas el 5% de la cantidad máxima obtenida en el año 2006.

Es decir, la obra nueva sigue descendiendo en cuanto a su destino para uso de vivienda principalmente, pero sin embargo se buscan otras alternativas de acceso a vivienda, mediante rehabilitaciones de obra antigua, así como reformas que permiten admitir el crecimiento de la familia sin el coste económico de adquisición de nueva vivienda.

3ª En cuanto al precio de la vivienda libre, alcanzaba un valor de 1.531 €/m², con una reducción en los 5 últimos años desde el comienzo de la crisis en más del 26%. Por otra parte, la relación entre el precio de la vivienda protegida y el de la vivienda libre usada, que en el año 2006 representaba casi el 50%, ha reducido la diferencia entre ambos a un 25%.

4ª El número de transacciones de vivienda registradas en el año 2012, ascendió a 330.750 distribuidas a partes iguales entre vivienda nueva y usada. Esta cifra representa la tercera parte de la reflejada en el año 2005.

Por otra parte, y por lo que aun es mas significativo para nuestro estudio, el mercado de suelo transaccionado había descendido progresivamente de las 11.600 hectáreas del año 2004, hasta las 1.981 hectáreas de suelo del año 2012. Es decir, que en

8 años se ha reducido más del 80% la superficie de suelo objeto de transacción.

5ª El precio medio del suelo urbano, de acuerdo con los datos del Ministerio de Fomento, mantenía un valor en 2012 de 187 €/m², sin apenas variaciones respecto al año anterior, después de sufrir una importante caída desde el valor máximo alcanzado el año 2006 de 285 €/m².

En cuanto a la financiación, tercer elemento esencial para potenciar la cesión de solar a cambio de obra, continuaba el descenso en la concesión de los préstamos hipotecarios nuevos para adquisición de vivienda, formalizados por las entidades de crédito, con 214.398, lo que representaba la cuarta parte de la cifra alcanzada cinco años antes.

Los créditos dudosos habían alcanzado valores del 3,8% y del 4,6%, en los apartados de adquisición de vivienda y rehabilitación, respectivamente, y continúan creciendo a mayor ritmo los correspondientes al crédito a constructores con un 24,5%, y el crédito dudoso a la actividad inmobiliaria que ha alcanzado un 29,6%. Es decir, que en estos dos últimos supuestos, uno de cada cuatro euros en créditos concedidos han resultado fallidos, ello dificulta también al constructor el acceso a financiación, más especialmente en casos donde no hay garantía de solar o bien inmueble de por medio.

Un indicador que proporciona información relativa a la accesibilidad económica para la adquisición de vivienda, es el que relaciona el precio de la vivienda y la renta bruta por hogar. El dato de 2012, que proporciona el Banco de España, se sitúa en una cifra cercana a los 6 años de renta bruta, habiéndose reducido de forma significativa desde el máximo de 7,6 años en 2006.

Por lo que respecta a la última estadística con la que contamos, la publicada el 15 de junio de 2015, los datos mas significativos son los siguientes:

1º El número de licencias que fueron concedidas por parte de los ayuntamientos, para la construcción de viviendas de nueva planta ha tenido un incremento anual del 7,2% en 2014, por primera vez en los últimos siete años, hasta alcanzar las 33.643 viviendas. Pero aun lejos de las cifras de 2004.

2º El porcentaje de licencias de rehabilitación, en relación con el de viviendas de nueva planta, teniendo en cuenta que antes del inicio de la crisis representaba el 3% de las de obra nueva, ha crecido progresivamente en los años anteriores, hasta alcanzar el 18% en el año 2014.

3º El precio de la vivienda libre se mantiene prácticamente igual al del año anterior. En los siete años desde el comienzo de la crisis el valor se ha reducido un 30%, hasta alcanzar 1.463 €/m².

4º El número de transacciones de vivienda escrituradas en el año 2014 ascendió a 365.401, con una mayor proporción de transacciones de vivienda usada, un 85%. El total de transacciones representa casi la tercera parte de la cifra del año 2006, si bien, debe destacarse que se ha producido un incremento del 21,7% con respecto al número de transacciones del año anterior, registrándose, por tanto, un crecimiento de la actividad que no se había producido desde 2006.

5º Según la Encuesta de la Estructura de la Construcción del Ministerio de Fomento, con los últimos datos del año 2013, el volumen de negocio de la construcción residencial fue de 30.247 millones, distribuidos en una parte, algo mayor de la mitad, en restauración y conservación, y un porcentaje del 44% en obra nueva.

6º El suelo objeto de transacción se situó en 2014 en las 2.371 hectáreas de suelo, cifra que, todavía dista mucho de las 11.600 hectáreas del año 2004. Por otra parte, el valor del suelo vendido en 2014 alcanzó los 2.470 millones de euros, que si bien constituye la décima parte de la cifra de 2004, ha supuesto la menor caída de los últimos siete años.

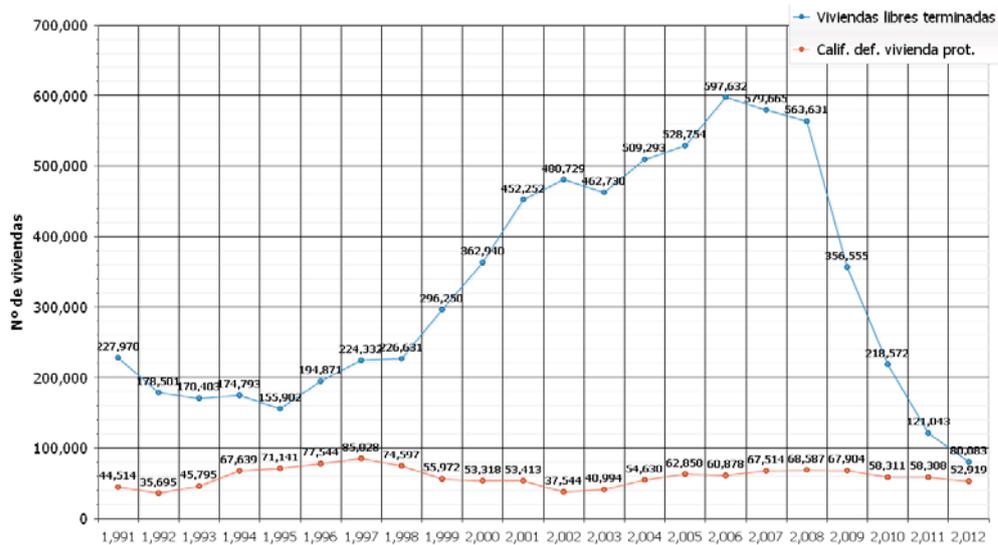
7º El precio medio del suelo urbano, de acuerdo con los datos del Ministerio de Fomento, ha tenido un incremento en 2014 del 5%, hasta alcanzar los 156 €/m², teniendo en cuenta que el valor máximo alcanzado el año 2006 fue de 285 €/m². (casi un 50%)

8º Los créditos dudosos alcanzaron en 2014 valores del 5,9% y del 7,3%, en los apartados de adquisición de vivienda y rehabilitación, respectivamente, y continúan con valores altos los correspondientes al crédito a constructores, con un 32,6%, y el crédito dudoso a la actividad inmobiliaria, con un 36,3%, si bien, en ambos casos se han reducido

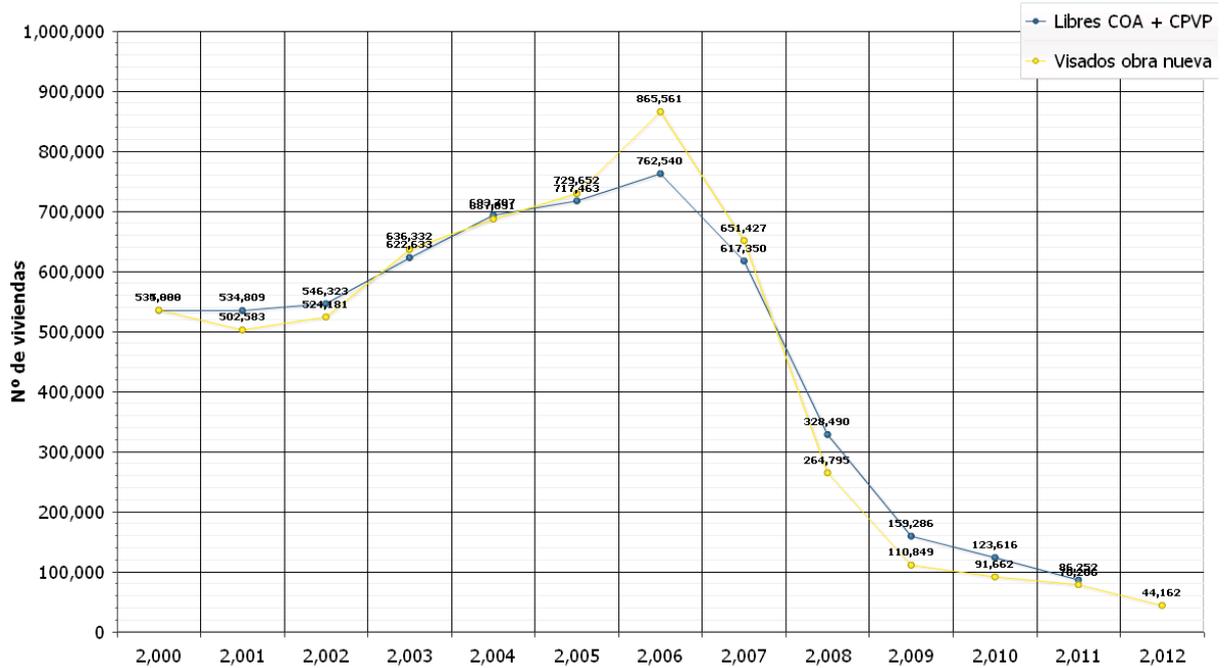
ligeramente con respecto al año anterior.

En conclusión, la crisis ha llevado a una reducción de construcción de viviendas de obra nueva, una reducción de las transacciones sobre solares, para esta tipología de obra, un incremento de la dificultad en el acceso a la financiación para constructoras y una reducción de capacidad económica de la familia media en España, y por ende su acceso también a financiación.

Las tablas y gráficos siguientes publicados en el Observatorio de Vivienda y Suelo lo pone claramente de manifiesto:

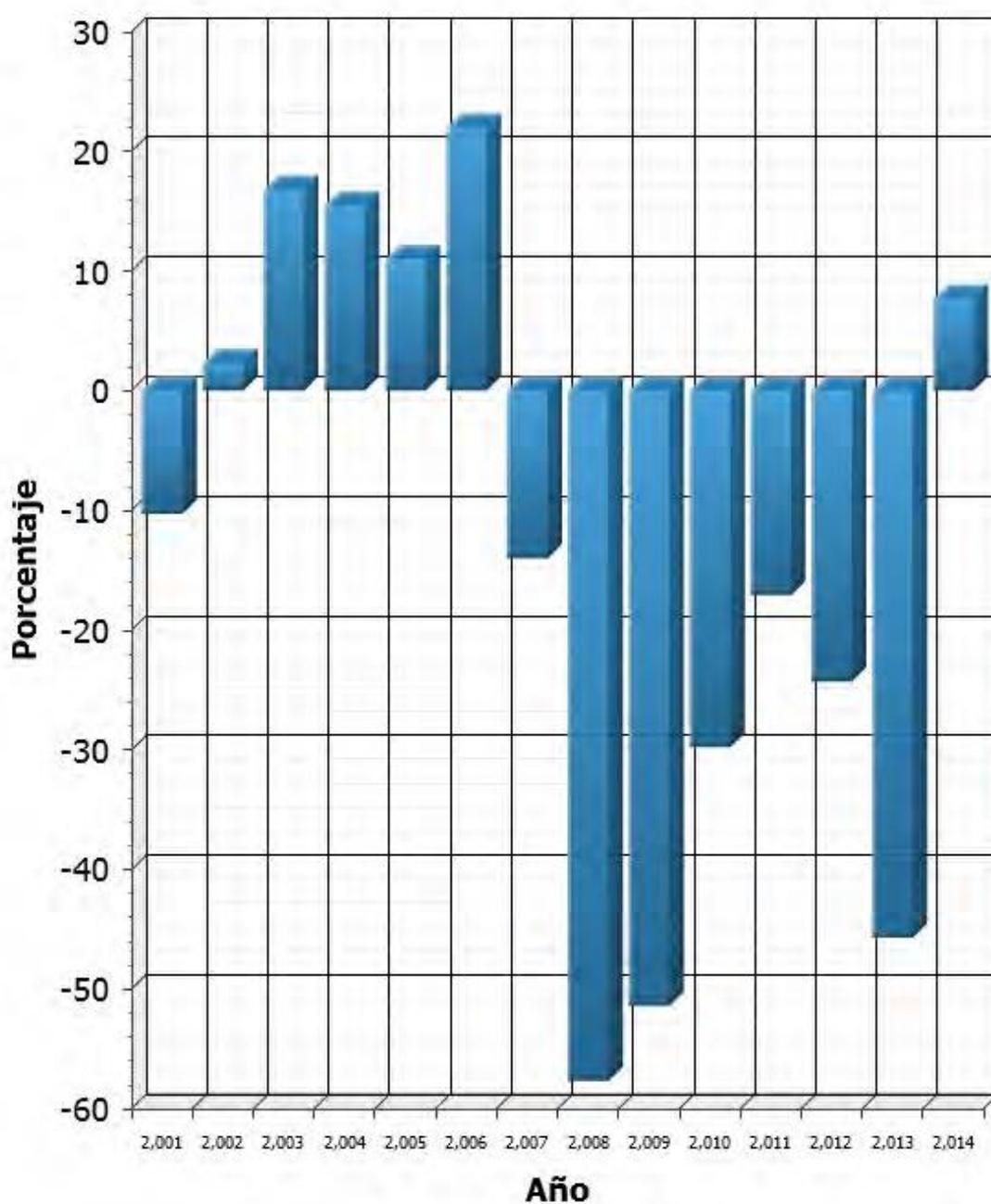


Según la información de visados de dirección para la iniciación de obra de los COAT.



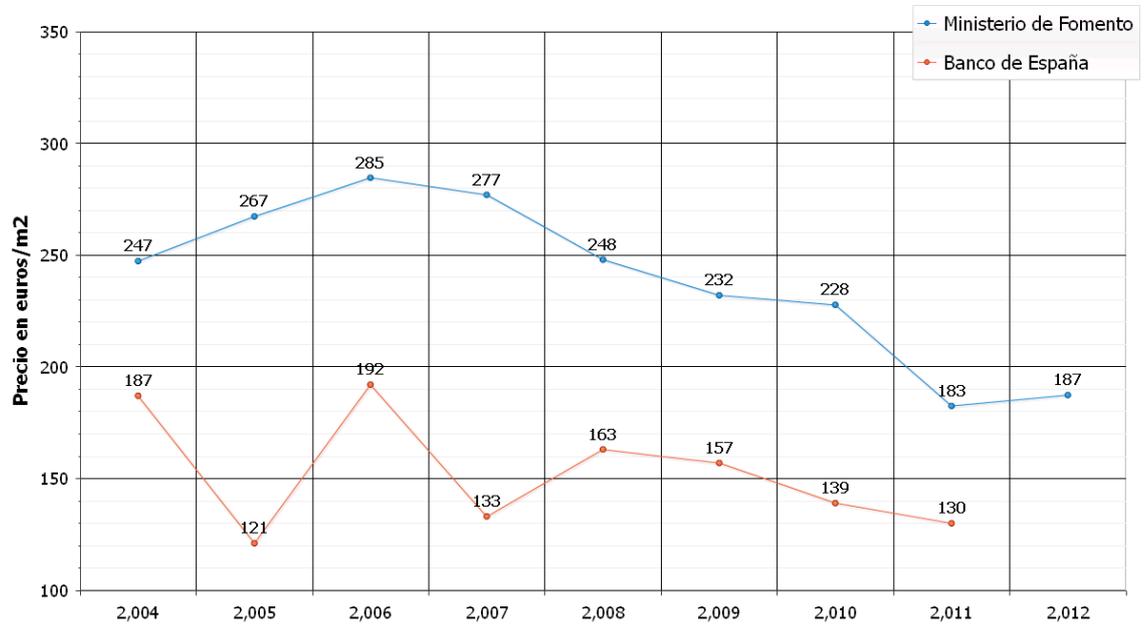
Analizando ambas gráficas, resulta que el número de viviendas terminadas en el año 2006, es cercano a las 660.000, y en el 2012 fueron 133.000.

Sin embargo la gráfica empieza a cambiar a partir del 2014, lo que nos permite apreciar que la variación de viviendas de nueva planta según licencias municipales, empieza a subir:



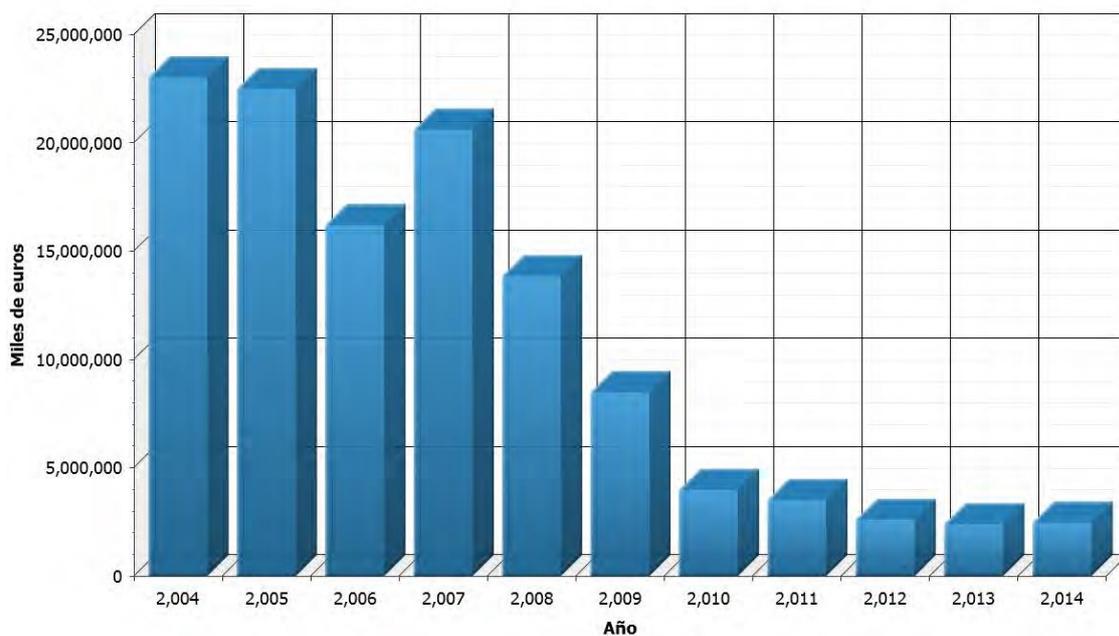
Por lo que se refiere a las transacciones de suelo, según la información publicada por el Ministerio de Fomento y procedente en este ámbito de la Estadística Registral, se observa que la superficie de suelo transaccionado ha descendido progresivamente desde las 11.600 hectáreas, en el año 2004, hasta las 1.981 hectáreas de suelo del año 2012. Es decir, en ocho años se ha reducido la superficie de suelo transaccionado más del 80%. Y a ello añadir, que no solo se reducen considerablemente las transacciones sino que también lo hace el precio medio, como vemos en el siguiente grafico comparativo de

datos proporcionados por el Ministerio de Fomento y por Banco de España.

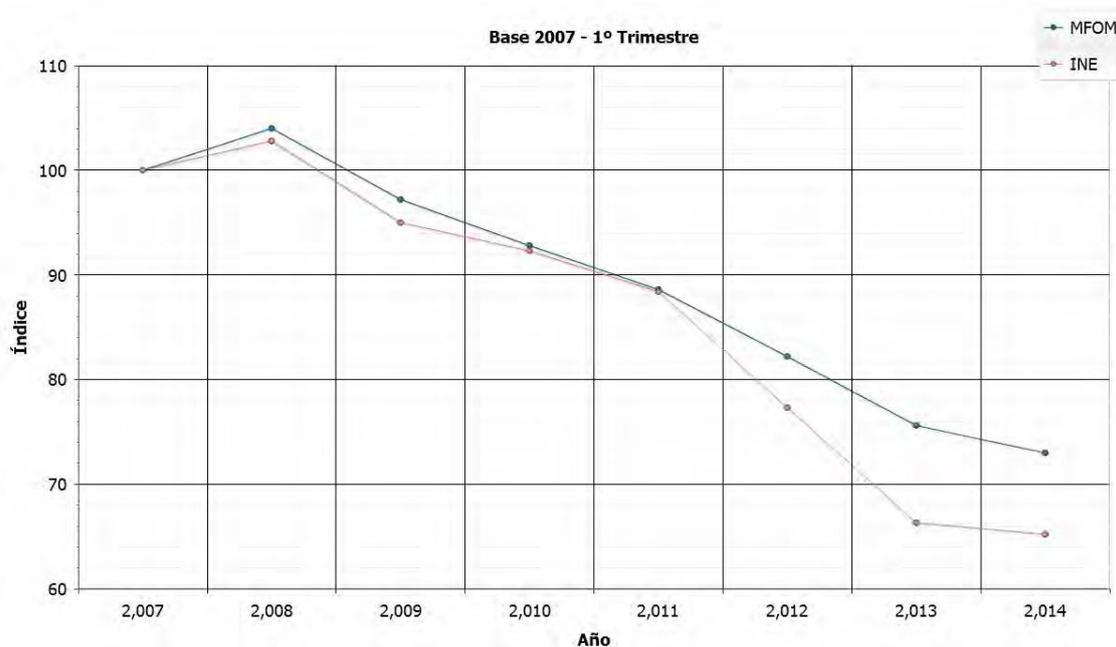


Este descenso de las transacciones de suelo, implica directamente una reducción drástica de volumen de negocio del sector de la construcción, que se ve especialmente afectado por la crisis, así lo destaca el siguiente gráfico.²

²Comparativa extraída del *Observatorio de Vivienda y Suelo*, Boletín anual 2014, Ministerio de Fomento, mayo de 2013



En cuanto a la evolución del precio, según el INE y Ministerio de Fomento, sigue en descenso hasta el 2015:



El motivo de haber dedicado este tiempo a estudiar en profundidad la cesión de suelo por obra futura es, pese a todo lo señalado con anterioridad, que en nuestra humilde

opinión, sí es un contrato muy útil para empezar a mover de nuevo un sector de los más castigados por la crisis, tras aquellos años de inmensa bonanza.

Es evidente que no quedan ni grandes ni pequeñas constructoras promotoras que estén por la labor de arriesgarse a hacer grandes inversiones inmobiliarias en obra nueva en España. Por tanto una manera de abaratar costes, y de permitir obtener un beneficio al dueño del terreno, con escasos medios para construir, y a la par al empresario experto en construcción que carece de capital líquido para pagar el suelo, es precisamente este trueque que remonta su historia en el mismo Derecho Romano. Pues, en esencia este es el beneficio de esta modalidad de contratación, que permitirá a una parte, titular de un solar, obtener un interés, mediante la conversión en pisos o locales del edificio a construir. Y a la otra parte, un promotor, o constructor, adquirir este solar, para iniciar una obra sobre el mismo, sin el desembolso inicial que sería necesario tener que efectuar en dinero si optare por acudir al contrato de compraventa. Y así remontándonos a la situación de los años 70 volver a potenciar un contrato que sí puede tener eficacia social.

El nacimiento de esta figura, es una prueba más de que la realidad práctica va siempre por delante del Derecho. Ya desde sus inicios se da una falta de regulación unitaria, pero pese a todo ha sido y sigue siendo una modalidad negocial que se utiliza con frecuencia, y que permite llevar a cabo construcciones que de otro modo no habrían sido posibles.

Las necesidades del tráfico inmobiliario, llevan consigo el requerimiento al Ordenamiento jurídico privado para la regulación de figuras jurídicas que permitan construir en finca ajena. ALONSO PEREZ³ ya señaló que uno de los contratos más estudiados desde el punto de vista doctrinal, es el contrato de cambio de solar por edificación futura, que organiza la relación mediante vínculos obligacionales de carácter personal entre el dueño y quien quiere construir en dicho solar. Esta figura a su entender, reúne indudables ventajas para el constructor que adquiere la propiedad de un terreno, y

³Vid. ALONSO PEREZ, MARIA TERESA: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2000, pg. 26.

con ello una fuente de crédito, sin tener que pagar inmediatamente la contraprestación, lo que sin duda ha motivado su enorme desarrollo en la práctica.

Como señaló, por ejemplo, MUÑOZ DE DIOS⁴ el nacimiento de esta situación jurídica se debe a varias causas que confluyeron. Por un lado el incremento del valor de los solares, que se convierten en elementos muy cotizados, y en muchos casos suponen más del cincuenta por cien de precio total del piso o local. En segundo termino, la escasez de viviendas unido a la demanda individual de poseer una vivienda propia en propiedad. Así como, la inseguridad de la situación urbanística del solar, dependiendo de la calificación urbanística de la parcela, y de la concesión de licencia. A ello se añade el coste de la construcción, que debido a la falta de suficientes recursos propios de constructores o empresas, lleva a la búsqueda de otras fórmulas, donde no sea necesario desembolsar inicialmente grandes cantidades. Por esta razón se ha permitido que con esta modalidad se lleve a cabo la edificación sin grandes sacrificios iniciales.

De estas causas, hoy la demanda de vivienda se ha reducido considerablemente, pero el resto de variables se han mantenido, incluso alguna de las causas como es la escasez de medios se ha incrementado.

El análisis de esta figura pone de manifiesto dos problemas difíciles e interesantes, la pluralidad de tipos negociales que vamos a encontrar para tratar de producir análogos efectos, si bien adaptados a las circunstancias de cada modalidad; y sobre todo la importancia de ciertos pactos que contribuyen tanto a aclarar los efectos jurídicos a producir entre partes y terceros, como a establecer garantías especialmente importantes en el caso del cedente del solar, que se desprende de su titularidad, desde el primer momento, sin que los pisos o la obra a recibir por parte del cesionario sea aun algo existente. Todo ello derivado de que tanto pisos como obra, son realmente un bien futuro, de manera que ya que la obligación de construir y entregar cosa futura, deja en situación de desprotección al cedente, debiendo protegerse al mismo, penalizando el incumplimiento del cesionario.

⁴Vid. MUÑOZ DE DIOS, GERARDO: *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa Universidad, Madrid 1987, pg. 14.

Los problemas derivados del incumplimiento, ocupan en nuestro tiempo gran parte de los fundamentos de las sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales, por ello, no podemos acercarnos a esta figura sin recoger minuciosamente la evolución jurisprudencial. No sólo en cuanto a las modalidades y sus efectos, sino también en relación a los pactos, a las garantías y a las consecuencias en caso de incumplimiento; de ahí que la metodología que se ha seguido en esta tesis ha sido, principalmente, el estudio de la evolución jurisprudencial y doctrinal de la figura.

La figura de cesión engloba, tal y como se analizará, multitud de fórmulas, si bien, no puede olvidarse como señala el TS que es un contrato atípico “do ut des”, que no puede encajarse en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aun cuando tenga notas que le aproximan a la permuta. Por ello aquí, más que en otras muchas figuras, el jurista podrá crear y configurar el negocio, con gran margen de libertad, siempre bajo la autonomía de la voluntad negocial que permite nuestro Código.

Contaremos con la regulación contenida en el artículo 13 del RH, tras la reforma operada por el RD 1867/1998 de 4 de septiembre, si bien, su contenido se ve limitado y reducido a la mínima expresión tras la STS de 31 de enero de 2001, que tendremos ocasión de analizar, pero que sin duda deja nuevamente sin regulación esta figura.

Por último recordemos que incluso las Administraciones públicas pueden optar por esta modalidad negocial, de cesión de bienes a cambio de obra, lo que en la práctica implica la eliminación de la garantía de equilibrio financiero de la contrata, así mencionamos la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas en su artículo 153, o la Ley valenciana 14/2003, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma, artículo 89.

La hipótesis que subyace en este estudio consiste en determinar el momento de transmisión de la propiedad de los futuros pisos, dadas las decisivas consecuencias que se derivan de ello, especialmente para fortalecer la situación del cedente, que se desprende desde el inicio de su propiedad sobre el solar. Como consecuencia se analizarán también

otras alternativas de garantía o protección al cedente, y las consecuencias en caso de incumplimiento.

CAPÍTULO I. CONFIGURACIÓN DE LA CESIÓN DE SUELO A CAMBIO DE OBRA. CONCEPTO Y CARACTERES

I.- Concepto

El estudio de la cesión de suelo por obra debe partir de un análisis, siquiera muy breve del concepto y caracteres de esta figura en nuestro Derecho. Ello nos va a permitir contemplar varias figuras que van apareciendo a la luz de este fenómeno, y que en todo caso, no constituyen una lista cerrada o taxativa.

Bajo la concepción más amplia de esta modalidad contractual, podemos definir este negocio como aquél por el que una persona física o jurídica, llamada cedente comúnmente, se obliga a entregar la propiedad de una finca o solar urbanizable, o en condiciones de ser urbanizado, a cambio de que otra persona física o jurídica, denominada cesionario, se obligue a construir en el mismo, o incluso en otro solar una obra, de la que parte de la misma, deberá ser transmitida en propiedad del cedente. Esta parte podrá concretarse en pisos, locales, garajes, estudios, o un porcentaje sobre la misma obra.

Se observará la escasa regulación existente en la materia, así como la evolución que se ha dado en el tratamiento registral de esta figura. El propio RD 1867/1998 renunció a la pretensión de una definición de la figura y se concentró en las modalidades que — según su criterio— tenían la estructura propia de una *permuta* (según se desprende de su Parte Expositiva). Siendo la terminología acogida por la norma la expresión de cesión de suelo por obra futura.

Siguiendo a RUDA GONZALEZ⁵, el RD hablaba de cesiones en plural (par. I) y distinguía dos modalidades distintas. De hecho, la estructura formal del art. 13 RH, que si bien no está vigente nos permite estudiar la figura y extraer conclusiones de su naturaleza, constaba de cinco apartados que podían agruparse en tres partes: a) La primera

⁵Vid. RUDA GONZALEZ, ALBERT: *Contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

parte (par. I a III) estaba dedicada a regular los contratos de cesión de suelo por obra en que las partes estipulan que la transmisión de los pisos o locales futuros se produzca de modo simultáneo a la del suelo. La STS (3^a) de 31 de enero 2001⁶ la ha anulado. b) La segunda (par. IV) prevé los demás casos, esto es, aquellos en que la contraprestación se configura como meramente obligacional o en forma distinta a la primera. c) La tercera parte (par. V) alude a las garantías.

El común denominador de ambas modalidades se podría relacionar, al menos en la idea del RD, con el intercambio traslativo de dos prestaciones que es propio de la permuta. Hablar aquí de cesión permite hacer referencia a un efecto jurídico que es común a una serie de contratos diferentes (compraventa, permuta, dación en pago), con lo cual no se prejuzga la naturaleza del acuerdo. El criterio distintivo sería la forma en que dicho intercambio se proyecta. La terminología (cesión) parece acertada a efectos de no limitar la aplicabilidad del art. 13 RH a las permutas e incluir contratos distintos conducentes a idéntico resultado, como las compraventas coligadas con compensación de precios, que son asimilables a aquéllas. Pero no parece del todo cierto que existiese una modalidad meramente obligacional de cesión de suelo por obra, ya que el contrato se dirige al intercambio de cosas. La propia Parte Expositiva del RD 1867/1998 confirma esta idea al afirmar que nos encontramos ante una permuta.

Como señala ZURITA MARTÍN⁷, la jurisprudencia ya desde los inicios de la figura, años 70, hablaba de permuta para referirse a este contrato; así se define en la sentencia del TS de 9 de noviembre 1972⁸ “... se entregó la cosa 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; formula que es muy frecuente en la moderna contratación y que encaja dentro de los términos del art. 1538 del C. Civ., aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aun existencia real en el momento de practicarse

⁶ STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083)

⁷ZURITA MARTÍN, ISABEL: *El contrato de aportación de solar*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial 1994, pg. 12

⁸STS de 9 de noviembre de 1972 (RJ 1972, 4564)

el intercambio ...”

En la misma línea se encuadran sentencias posteriores como la de 5 de diciembre 1984⁹: “...partiendo de la interpretación dada en el motivo precedente, hay que concluir que aquí nos encontramos ante la permuta –pero a la que se aplican las reglas de la compraventa- en la que se pacta la entrega de una cosa, seis pisos, con expresión de su cabida, ochenta metros cuadrados, y a razón de un precio por metro cuadrado aunque así no se diga expresamente...”, así como la STS de 12 de diciembre de 1988¹⁰: “...el segundo motivo se hace radicar en que además de lo permutado, condena al actor a hacer entrega también de una cuarta parte de los locales construidos no teniendo en cuenta que el solar adquirido por el actor era con propiedad plena y sin limitaciones y condicionamientos de ningún género, tampoco puede prosperar porque técnicamente lo concedido en la sentencia está en función de lo solicitado en la reconvenición, por lo que podrá o no estar acorde con el ordenamiento jurídico, pero de lo que no se puede tachar es de incongruente, conforme a la regla procesal definitoria del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y jurisprudencia que lo interpreta. Por último ha de observarse que la condena pronunciada lo ha sido a virtud de un contrato conceptuado como de permuta, cuyo carácter consensual (artículo 1538 del Código Civil) fuerza a tener presente el conjunto de obligaciones recíprocas que en él se constatan...”

El concepto de cesión de suelo por obra más extendido en la doctrina es el que la incluye entre las llamadas permutas especiales, se expone en la sentencia Tribunal Supremo de 5 de julio 1989¹¹, la Sala partiendo de entender que la cesión de suelo por

⁹ STS de 5 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6033)

¹⁰ STS de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9431)

¹¹ STS de 5 de julio de 1989 (Tirant on line TOL1.732.072/ RJ 1989, 5400). Junto con el análisis del concepto, la Sentencia también destaca por su referencia al supuesto de incumplimiento del cesionario, que si bien nos referiremos a él más adelante, ya anticipa que es posible la resolución vía art. 1.504 y el general 1.124 CC, siempre que el constructor no haya construido, planteándose igualmente la cuestión de si ha construido pero lo ha hecho mal (art. 1.101 "in fine" del CC o la contravención o cuarta causa de incumplimiento contractual, la denominada en el Derecho alemán "Schlechtsleistung o Leistungstorúng") pues la restauración o restablecimiento al origen de la situación será ya difícil, por lo que cabe o bien recurrir a las normas sobre accesión industrial, o bien dar entrada al juego específico de la accesión invertida de nuestro art. 361 CC y, claro es, al margen de las particulares garantías para ese evento que se hayan convenido, como por ejemplo el abono de indemnización, deber de reparar lo mal hecho, pena pecuniaria

locales o pisos es una moderna especie de contratación dentro de las que clasifica de “permutas especiales, destaca que bajo la llamada *"permuta de solar por locales ó pisos a construir"* se engloba una modalidad contractual, cada vez más frecuente sobre la base de aquel acuerdo suscrito entre las partes, según sus condiciones... -da y cede en permuta... el solar, en el que los receptores se proponen construir un edificio... y a entregar cómo contraprestación los bienes reclamados, plazas de garaje, pisos; etc. Lo cierto es que se parte de una base de mutuas carencias y tenencias, a la vez, de los interesados, el cedente al tener terreno y carecer de medios o competencia para construir inmuebles cuyo uso le satisfará, y el cesionario, al no tener el terreno pero sí los medios para esa construcción, de manera que convienen esa forma de permuta de lo uno por lo otro con la particularidad de que, así como el terreno o solar existe materialmente, la construcción es algo de futuro que aún no cuenta con realidad material. Con esta premisa, es decir, siendo el piso o local una cosa futura, el compromiso así adquirido por el cedente, ha de canalizarse por la confianza en la observancia de la contraprestación del cesionario o constructor o permutante, y, sobre la base de la permisibilidad legal que le autoriza la negociación sobre objeto futuro en los contratos, -conforme el art. 1.271-1 CC como norma genérica de cobertura-. Si bien es lógico, que los contratantes acoplen los adecuados mecanismos de garantía para la observancia de ese compromiso. De este modo considera el TS que el contrato así planteado, *sigue el decurso de los que recaen, en cuanto a la contraprestación del receptor del terreno o solar, en la denominada "res speratae"* y, *por lo apuntado, ha sido, incluso, tratado por la literatura jurídica con visos ya de monografía "ad hoc", habiéndose iniciado su contemplación con ribetes definitorios como una permuta especial en la que uno de los permutantes transmite al otro -salvo pacto de reserva de dominio- la propiedad de un solar edificable de que es dueño, mientras que el segundo, constructor o empresario de la construcción, asume la obligación de entregar a aquél locales o pisos del edificio, que se compromete a construir sobre dicho solar; negada su naturaleza de permuta por cierta doctrina extranjera al no poder cambiarse algo real por algo que no existe, sin embargo en la doctrina patria se suele hablar de permuta de solar por cosa futura, y varias sentencias de esta Sala hablan de permuta sin más, Sentencia de 9 de noviembre de 1972, o la de 24 de octubre de 1983*

por retraso en la entrega, etc.

como permuta con prestación subordinada de obra, o bien, como contrato atípico según la de 22 de mayo de 1974, habiendo sido, por fin, la de 24 de octubre de 1983, la que lo ha contemplado con mayor nitidez: El negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir, es calificado por la jurisprudencia de contrato atípico "do ut des" no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el CC, aunque presente notas que le aproximen a la permuta, e incluso subsumible por analogía dentro de los términos del art. 1.538, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse, por lo que se tratará de una prestación de una cosa futura que se corresponde con otra presente, añadiéndose que ante la falta de individualización de los pisos que habrá de entregarse ni la extensión o superficie de los mismos que los aportantes del solar lo son en proporción diversa, supremos imperativos de justicia aconsejan que lo recibido sea en proporción al terreno aportado; por su parte la doctrina ya ha caracterizado este "nomen" negocial "ad hoc", y lo fija en la precisión de que se individualicen, suficientemente los pisos o locales a recibir como contraprestación, o bien cabe que se deje al arbitrio de un tercero aunque nunca a discreción de una parte porque lo veda el art. 1.256 CC."

De ahí que la definición más difundida por la jurisprudencia, a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo ya señaladas, es la que lo califica como aquel contrato por el que uno de los permutantes transmite desde ya al otro (salvo pacto de reserva de dominio) o se obliga a transmitir en el futuro a él o a un tercero o varios, designados por el adquirente, la propiedad del solar edificable de que es dueño, mientras que el segundo, constructor o empresario de la construcción, asume la obligación de entregar a aquél locales o pisos del edificio que se compromete a construir sobre el solar de referencia.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta definición, como otras al uso, se centra en sólo algunas de las modalidades ya vistas. La cesión de suelo por obra no es un fenómeno unitario y muchas de las afirmaciones que son válidas en un caso pueden no serlo en otro. Por ello, consideramos que puede ensayarse como alternativa la formulación de dos conceptos distintos de cesión de suelo por obra, uno muy amplio o genérico y otro estricto. El primero podría servir para agrupar, en la medida de lo posible, a las modalidades expuestas en el primer apartado de este Capítulo, o al menos la mayoría de ellas. El

segundo, para saber a qué se refiere el art. 13 RH y poder delimitar mejor su ámbito de aplicación.

Así, en un sentido amplio, como destacábamos al inicio, puede describirse a la cesión de suelo por obra como aquel contrato en virtud del cual una parte cede a otra un derecho sobre uno o varios solares, derecho que como mínimo le faculta para construir, eventualmente derribar la edificación existente y en todo caso hacer suya, de inmediato o previa entrega por la primera parte, una parte o la totalidad de la obra que se obliga a realizar sobre el mismo solar u otro distinto. La parte adquirente se obliga, a su vez, a entregar, en el mismo momento o en otro posterior, parte de la obra y eventualmente una suma de dinero a la otra parte.

En un sentido estricto, la cesión de suelo por obra consiste en aquel contrato en virtud del cual una persona se obliga a ceder a la otra un derecho de propiedad sobre un solar, a cambio de que ésta construya sobre el mismo y ceda a la primera parte de la obra.

LACRUZ BERDEJO¹² lo incluye dentro de los supuestos de permutas especiales, y define al contrato de permuta de solar por locales o pisos, como aquel contrato en el que uno de los permutantes transmite al otro o se obliga a transmitir en el futuro, bien a él o a un tercero designado por el adquirente, la propiedad del solar edificable del que es dueño, el segundo contratante, constructor o empresario de la construcción, se obliga a entregar a aquel locales o pisos del edificio que se compromete a construir sobre el solar transmitido. Resaltando que la distinción entre compraventa y permuta no puede venir dada desde la permuta sino desde la compraventa. Ésta es lo específico, y la permuta lo genérico, pese a que la evolución ulterior de la figura ha traicionado su origen, de lo que también trataremos más adelante.

¹²LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2009, pg 83. Y Prólogo al libro de Jose Luis Merino Hernandez *El contrato de permuta*” op. cit. pg 18

Para DIEZ PICAZO¹³, se trata de un contrato de permuta que cobra en la actualidad gran relieve, y donde su exacta naturaleza jurídica dependerá de los pactos de las partes, si bien predomina en la jurisprudencia su consideración de permuta de cosa actual por cosa futura o de contrato atípico *do ut des*. Sin embargo, para MUÑOZ DE DIOS¹⁴, la denominación más acertada es la de “aportación de solar y construcción en comunidad”, y ello por cuanto la calificación de permuta entiende que trae consigo un encasillamiento jurídico del contrato que no es conveniente; y calificarlo de “cesión de solar por obra” a su juicio es demasiado genérica; de ahí que defiende como más adecuada la de aportación, y ello a pesar de que guarda cercanía con la sociedad.

SERRANO CHAMORRO¹⁵, señala que por este contrato, el dueño del solar (o edificación a demoler o rehabilitar), se obliga a transmitir a otra persona la propiedad del mismo, y como contraprestación, se obliga el adquirente del solar a entregar a aquel la propiedad de uno o varios pisos, locales, garajes, o trasteros en el edificio futuro que ha de construir o rehabilitar sobre dicho solar, en un plazo determinado y con unas obligaciones y características que se detallarán en la escritura permuta.

Obviamente se está pactando un intercambio de bienes, que no se realiza en el propio momento, sino que es un cambio de una cosa presente que existe y tiene su reflejo en el mismo momento del contrato (solar), y una cosa futura, que de momento no tiene existencia pero que se espera que dentro de un determinado plazo adquiera verdadera entidad (parte del inmueble que se edificará en el futuro, o bien una determinada cantidad de dinero obtenida en su venta). De ahí que para CHAMORRO SERRANO, este tipo de intercambio pueda configurarse, como permuta de cosa presente por cosa futura; puesto que para poder hablar de permuta no es necesario que ambos objetos a permutar existan

¹³DIEZ PICAZO, LUIS, Y GULLON BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil II*, Tecnos, Madrid 2005, pg 303

¹⁴Vid. MUÑOZ DE DIOS, GERARDO: *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa Universidad, 1987, pg. 17

¹⁵ Vid. SERRANO CHAMORRO, M^a EUGENIA: *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Navarra, 3^a edición, 2002, pg. 192

en el instante mismo de la celebración del contrato, basta con que exista uno de ellos; el otro puede ser objeto de creación o nacimiento posterior.

También ROGEL VIDE¹⁶, resalta la evidencia de admitir este intercambio como un intercambio o permuta de cosa presente por otra futura. El contrato curiosamente padece de un “interesado desinterés” que claramente se observa por parte del legislador, pese a la importancia que cobra el contrato en tiempos de crisis.

En este mismo sentido LASARTE ÁLVAREZ¹⁷ señala que se tratará de un acuerdo contractual al que se le puede calificar de permuta, si bien la jurisprudencia oscila entre esta calificación, y la caracterización como un contrato atípico, ya que junto las notas propias o típicas de la permuta surgen con particular importancia las obligaciones complementarias de la construcción, que son propias del contrato de obra.

Pese a que en nuestra opinión el contrato de aportación restringe el ámbito de la figura a analizar en este trabajo, compartimos con MUÑOZ DE DIOS que sí puede ser más apropiada que la misma calificación de permuta, más cuando se dividen en tres grandes vertientes. La primera consistente en la aportación de solar, a cambio de la construcción de pisos o locales determinados o una participación indivisa del edificio resultante. La segunda cuyo contenido sería la aportación de solar a cambio de una participación en la venta o en la ganancia adquirida con la venta de todo o parte del mismo edificio. Y la tercera, también llamada “autoaportación”, aportación mediata, o incluso autopromoción, que llevara a formar una copropiedad donde los comuneros harán recíprocas concesiones y aportaciones hasta obtener cada uno su piso o local.

Desde esta perspectiva lo encuadra también ZURITA MARTIN¹⁸, al señalar que el llamado contrato de aportación de solar consiste, esencialmente, en el intercambio que tiene lugar entre dos personas, una de ellas es propietaria de un terreno para edificar (o

¹⁶Vid. ROGEL VIDE, CARLOS, *Obligaciones y Contratos, cuestiones actuales*, Reus 2013, pg 142

¹⁷LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Contratos. Principios de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid 2010, pg 213

¹⁸ZURITA MARTIN, ISABEL, *El contrato de aportación de solar*. op. cit. pg. 7

finca a demoler) -a la que denomina aportante- y una segunda, que se compromete a edificar sobre dicho terreno –a la que llama constructor-. Así, en virtud del contrato de aportación, que ambas partes suscriben, el aportante transmite la propiedad –salvo reserva de dominio- del solar al constructor a cambio, bien de uno o varios pisos o locales-que formarán parte del futuro edificio que éste ha de construir sobre el terreno en cuestión aportado-, bien de un porcentaje sobre lo edificado o sobre los beneficios de la venta de lo construido.

Con todo lo señalado, concluimos que la denominación más acertada para abarcar la mayoría de actos negociales de éste genero, es la de cesión de solar a cambio de obra futura, y que como ya indicamos al inicio, aunque puede configurarse desde otras perspectivas, la concepción más amplia y acorde con la mayoría de supuestos prácticos, lo define como aquel negocio por el que una parte, cedente, cede la propiedad de un solar edificable, a cambio de que el cesionario edifique sobre el mismo solar u otro, una obra y le entregue parte de la obra construida. Por esta razón hemos optado en este estudio por el título de cesión de solar a cambio de obra futura.

II.- Caracteres

Los caracteres de la cesión de suelo por obra vienen a coincidir en lo esencial con los del contrato de permuta. Se trata de un contrato consensual, oneroso, bilateral, conmutativo y sinalagmático.

Dada la categorización de este negocio en un gran número de supuestos como contrato de permuta, y siendo en todo caso sus caracteres básicos semejantes a ésta, a continuación vamos a realizar brevemente una puntualización de la evolución de la figura y sus connotaciones.

En el Derecho Romano, tiene este contrato de permuta una especial mención, no solo por su influencia más amplia incluso que la compraventa, sino también por su distinta evolución. Señala DE LA ROSA DIAZ, que en la época clásica y, especialmente, una vez

que Justiniano terminó de perfeccionar su régimen jurídico, «el contrato de permuta en el Derecho Romano se presenta como innominado, de naturaleza real, que obliga a ambos contratantes a transmitir la propiedad de las cosas permutadas, siendo nula la permuta de cosa ajena, que otorga en caso de incumplimiento la posibilidad de ejercitar la *conditio causa data causa non secuta* o bien exigir el cumplimiento, y que no es susceptible de rescisión por lesión». Consecuentemente, la esencial diferencia entre aquel régimen y el régimen actual de la permuta en el CC radica en que este contrato ha alcanzado un carácter inequívocamente consensual (art. 1538) y en la diferente regulación de la permuta de cosa ajena (art. 1539).¹⁹

En el Derecho Romano, la permuta fue configurada como un contrato innominado, real, sinalagmático, oneroso y que lleva consigo la obligación de transmitir la propiedad de las cosas intercambiadas.

Al igual que en la compraventa, podía ser objeto del contrato de permuta cualquier cosa mueble o inmueble que esté dentro del comercio de los hombres, es decir, cuyo tráfico comercial no esté prohibido por la ley. El hecho, que precisamente dará mucho que hablar en nuestro estudio, de que la permuta lleve consigo la obligación de transmitir la propiedad de las cosas permutadas, conllevaba la garantía recíproca entre ambos contratantes, en orden a la posible evicción y vicios ocultos que pudieran surgir en relación con las mismas. No cabía pedir la rescisión por *laesio enormis* en caso de permuta, por el contrario a lo establecido a partir de la época postclásica en materia de compraventa. La causa probablemente era que no se llegaba a concebir en la permuta que el intercambio de bienes pudiera producirse ante una necesidad extrema o en una situación apremiante, y a consecuencia de ello, una desproporción relevante en el valor de las cosas permutadas.

Como señala LACRUZ²⁰ la permuta es el paradigma más amplio del contrato sinalagmático, del que descenderán todos los contratos que se resuelven en un *do ut des*.

¹⁹ Vid. LA ROSA DIAZ, PELAYO *La permuta (Desde Roma al Derecho Español actual*, Montecorvo Madrid 1976, pg 37 y ss.

²⁰ Véase prologo de LACRUZ VERDEJO, JOSE LUIS, a la obra de MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS: *El contrato de permuta* Tecnos , Madrid, 1978.

La permuta, bajo esta perspectiva, se integra en el Derecho Romano, en los supuestos de *do ut des* y se perfecciona desde el momento en que uno de los permutantes realiza una *datio* de una cosa, en ejecución de un previo acuerdo, que supondrá la entrega en propiedad de la misma cosa y originará el nacimiento de la obligación en el otro permutante, el que la recibe, de realizar la correspondiente contraprestación, que consistirá asimismo en la entrega de la propiedad de la otra cosa previamente acordada entre las partes.

Esta ya aludida necesidad, propia de la figura en la época justiniana, de proceder a la entrega de la cosa por parte de uno de los permutantes, para que el contrato se perfeccione, aproxima la permuta al esquema de los contratos reales. Si bien a diferencia de estas figuras contractuales, en las que efectuada la *datio* por una de las partes, nace en la otra parte la obligación de restitución, en los contratos innominados, excepto en caso del precario, cumplida la obligación por uno de los intervinientes, y entregada la cosa, se produce en la contraparte no la obligación de restitución, sino la de realizar la contraprestación correspondiente.

Aceptada la idea²¹ de que la permuta está en el origen de la compraventa y que se independiza de ésta con la utilización de la moneda, ambas figuras son clara manifestación del intercambio económico.

Pero la permuta no siempre se ha caracterizado en el Derecho Romano, como contrato innominado, la permuta ha evolucionado desde una primitiva consideración de hecho natural, en el tráfico económico, siendo regulada y protegida por el ordenamiento civil y por el derecho pretorio, hasta ser finalmente considerada como contrato innominado, en la legislación justiniana. Este proceso está marcado siempre por su

²¹ Esta idea se pone de manifiesto nítidamente por autores como DE LA ROSA DIEZ, PELAYO, *La permuta (desde Roma al Derecho español actual)*, Montecorvo 1976, ROGEL VIDE, CARLOS, *Obligaciones y contratos, cuestiones actuales*, Reus 2013, o LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, "Prólogo" al libro de Jose Luis Merino Hernandez *El contrato de permuta* pg 18, coincidiendo todos ellos en señalar como la permuta es anterior a la compraventa y será ésta una especie de aquella. No está exento de problemas el deslinde entre ambas figuras incluso hoy en día, y como LACRUZ señala la distinción no puede hallarse exclusivamente en la intención manifiesta de los contratantes. Hoy especialmente cuando la rescisión *ultradimidium* ha desaparecido como remedio general, la calificación que tenga el contrato tiene especial importancia ante cuestiones como el retracto. Lo trascendental más que el *nomen* que le hayan atribuido las partes, es la consistencia de la prestación.

similitud y contraste con la figura jurídica que aun siendo procedente de su seno, acabará por ser conceptualizada como el esencial referente jurídico, en materia contractual, es decir la compraventa.

Como es puesto de relieve por DE LA ROSA, el proceso para la diferenciación entre permuta y compraventa es lento y dificultoso, principalmente por las abundantes interrelaciones entre ambos negocios.²² La proximidad entre permuta y venta, no sólo la encontramos en el origen de ambas instituciones, sino que se mantendrá a lo largo de la historia hasta nuestros días. De hecho siglos después de la aparición de la moneda, aún se realizan negocios de naturaleza mixta, que toman, parte de la compraventa y parte de la permuta, siendo necesario desligar ambas figuras.

Entre las principales similitudes y diferencias de ambos contratos en el Derecho Romano, cabe indicar las siguientes:

En primer lugar el carácter consensual de la compraventa, frente a la naturaleza real de la permuta.²³

En segundo lugar, la obligación de transferir la propiedad de las cosas permutadas, se diferencia de la obligación, inicial, de transmitir la cosa y garantizar su pacífica posesión por parte del vendedor en la época clásica. Si bien en la legislación justinianea se transmite ya la propiedad de la cosa por parte del vendedor.

En tercer lugar, y siempre consecuente con los anteriores caracteres, no cabía en la permuta la venta de cosa ajena, de cosa futura y de esperanza, pese a ser válidas en materia de compraventa.

²² Señala DE LA ROSA DIAZ, PELAYO, *La permuta (Desde Roma al Derecho Español actual)* op. cit. que el punto de arranque de la progresiva disociación entre ambas figuras sería la aparición de instrumentos que actuarían como intermediarios en los cambios, inicialmente el bronce, lo que se produce de forma especial con la aparición del dinero amonedado, es decir la moneda en sentido moderno, que ya no se pesa sino que se cuenta, es fabricada en metal, de donde derivará la expresión «contante y sonante».

²³ Así lo indica Paulo en D. 19.4.1.2: «*venditio contrahitur nuda voluntate... permuta contrahitur ex re tradita...*». Es decir, en la permuta tiene que mediar la *traditio* para que nazca la *obligatio*.

En cuarto término, también se observa como en la compraventa cabría la rescisión en el caso de que se considere que se ha producido una desproporción considerable entre el verdadero precio de la cosa puesta en venta o precio real, y el precio recibido por el vendedor, sin embargo la rescisión no cabe en la permuta.

Finalmente no podemos olvidar la diversidad de prestaciones en la compraventa, frente a la identidad de las mismas en la permuta, y la diferente protección procesal que reciben las figuras.

En el Derecho civil actual, la permuta es configurada como ya señalamos, como un contrato consensual, no formal, bilateral, oneroso, y conmutativo. Siendo la principal obligación de las partes consiste en transmitir la propiedad de las cosas permutadas. Sin embargo, la diferenciación entre permuta y compraventa, que como señalábamos fue establecida de modo definitivo en la Compilación Justiniana, volvió a ser cuestionada en la Alta Edad Media, donde se produce de nuevo la absorción de la permuta en la regulación de la compraventa, por lo que tendremos que esperar de nuevo a la Recepción del Derecho Romano en Europa, cuyo inicio se produce a partir del estudio del Digesto en Bolonia, para que la distinción entre ambas figuras jurídicas y su configuración como instituciones independientes, llegue al derecho moderno.

La escasa regulación de la permuta en la legislación española, básicamente los artículos 1538 a 1541 del Código Civil, se explica por la estrecha relación con la compraventa, lo que se recoge en la norma de remisión contenida en el artículo 1541 «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta», y al carácter residual que el instituto ha tenido en los últimos tiempos. Sin embargo, en el momento actual, como venimos manifestando, se asiste a una revalorización de la figura, no solo en el ámbito urbanístico, al que nos referimos especialmente en este estudio sino también en el agrario, y ello fundamentalmente por factores como la inestabilidad económica, la inflación, el auge urbanístico o el elevado precio de los terrenos edificables. Instituciones como la concentración parcelaria, o la permuta forzosa de fincas rústicas, en el ámbito del derecho agrario, o la reparcelación, y de manera especial, en la cesión de solar a cambio de pisos futuros, que no deja de ser un contrato de intercambio de solar edificable por piso o local

de negocio a construir sobre terreno permutado, han llevado a una especial revitalización de esta figura jurídica.

Las diferencias entre permuta y compraventa en Derecho moderno, son todavía menores que las existentes en Derecho Romano. Como pone de relieve en la práctica, el elemento esencialmente diferenciador será que en la compraventa medie precio en dinero o signo que lo represente. Pero aun así cabe la posibilidad de que el precio consista parte en dinero, y parte en otra cosa, lo que atenúa la distinción entre ambas figuras contractuales, y plantea en multitud de ocasiones problemas sobre la calificación jurídica del negocio realizado.

En el Derecho comparado, como más tarde tendremos también ocasión de analizar, nuestro Código se encuentra entre los ordenamientos como el italiano, que si bien en su artículo 1552 del Código civil define el contrato como aquel que tiene por objeto la recíproca transmisión de la propiedad de las cosas o de otros derechos, de un contratante a otro, especifica en el artículo 1550, que la permuta se efectúa mediante el solo consentimiento, como la venta. Reviste la permuta del mismo carácter consensual, en los Códigos Holandés (art. 1577), Argentino (art. 1185), Venezolano (art. 1558), y entre otros el Francés, el cual pese a la dicción del artículo 1702, se reconoce expresamente en el art 1703 que la permuta se opera por el solo consentimiento, como la compraventa.

Pasando a la configuración de la permuta en el actual Derecho español, y centrándonos en sus caracteres, a diferencia del Derecho Romano, como hemos señalado, se trata de un contrato de carácter consensual y su perfección sigue la regla del art. 1262 I CC, de modo que no es necesario que las dos cosas que se intercambian (y en especial los pisos futuros) tengan existencia actual. Por tanto como ya se anticipa, no será necesaria la entrega material del bien para que el contrato se perfeccione. Esta regla es la que se desprende por remisión del artículo 1541 C.c, al artículo 1450 C.c. *“La venta se perfeccionara entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado”*.

Es un contrato consensual, que por tanto se perfecciona con el consentimiento, si bien siguiendo a la doctrina moderna como destaca DIEZ PICAZO²⁴, podemos hablar, solo desde la perspectiva de sus efectos o fines, que no su perfección, de contrato de eficacia real, para aludir a los que producen como efecto la constitución, transmisión, modificación, o extinción de algún derecho real, a diferencia de los de crédito que constituyen una mera relación obligatoria. Por ende desde esta perspectiva, la modalidad que nos ocupa tiene eficacia real en cuanto a su finalidad (*quo ad effectum*), porque sus efectos son jurídico-reales y no sólo obligacionales. La esencia de este contrato se encuentra en la transmisión de titularidades de los objetos del mismo contrato, con independencia de que puede que las transmisiones no coincidan en el tiempo. Pero ello no debe dar lugar a confusión en cuanto a la naturaleza indudablemente consensual de la permuta.

La onerosidad es el carácter esencial del contrato, pues ambas partes van a asumir la realización de sus recíprocas obligaciones y cada uno de los contratantes pretende obtener su compensación o beneficio, no cabe configurar este contrato de cesión a título gratuito.

Junto al carácter de onerosidad, se destaca también que es un contrato conmutativo, por contraposición a los aleatorios, y ello por cuanto hay una relación inicial de equivalencia entre las prestaciones que van a cargo de ambas partes y que además se encuentra fijada de antemano por las partes de manera inmodificable. Podríamos plantearnos si cabría que las partes pudieran configurar el contrato como aleatorio, pero esta posibilidad resulta algo contradictoria con la esencia de este contrato y por ello será preciso que así resulte de la voluntad expresa e inequívoca de las partes. Debería en tal supuesto expresarse con claridad que la contraprestación queda supeditada a que tenga lugar o concurra un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en un tiempo determinado. Posiblemente aun cuando desde un punto de vista económico, puede entenderse que existe aleatoriedad cuando se determina la prestación del cedente como un simple porcentaje de la obra que finalmente se edifique, donde no puede advertirse *ab*

²⁴DIEZ PICAZO, LUIS, y GULLON BALLESTEROS, ANTONIO., *Sistema de Derecho civil* volumen II, Tecnos, Madrid, 2005, pg 34

initio si la contraprestación valdrá mas o menos de lo entregado previamente por el cedente, lo cierto es que la nota de aleatoriedad, no concurre si no se hace depender de hecho incierto la ejecución o entrega de la contraprestación o su cuantía.

Ante la cuestión del carácter típico o atípico del contrato de cesión de suelo cambio de obra, puede observarse, como apreciaba NAVARRO CASTRO²⁵, que el TS ha tratado de evitar en muchas ocasiones un pronunciamiento sobre su calificación, para adentrarse en lo que ha considerado mas fundamental que es la interpretación e integración del mismo, (como señalaremos en el Capitulo I, Segunda Parte).

Entender que estamos ante un negocio u otro dependerá de los términos concretos del contrato a estudio, siendo en muchos supuestos un contrato de naturaleza mixta, como más tarde tendremos ocasión de examinar. Su análisis y el de todos sus pactos nos permitirá determinar con que figura o figuras guarda analogía o parecido y así poder aplicar sus normas bien por vía de la integración o bien por vía de la interpretación.

Si partimos de que, salvo el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, vaciado en gran parte de contenido jurisprudencialmente, no existe una regulación específica en el derecho civil común de este contrato se nos plantea si es posible que nos encontremos ante un contrato atípico.

Para que podamos hablar de contrato atípico, se requerirá la concurrencia de dos hechos, uno en sentido positivo, que parte del principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del Código Civil, e implica la voluntad de las partes de configurar una modalidad contractual; y el otro en sentido negativo, que obviamente es límite al primero, consistente en la no prohibición de este contrato por el legislador.²⁶

²⁵Vid.: NAVARRO CASTRO, MIGUEL: “Cesión o aportación de solar con contraprestación de construcción: tradición instrumental de pisos por construir (Comentario a la STS de 18 de mayo de 1994)”, *CCJC* 1994

²⁶Vid.: PLANA ARNALDOS, M^a CARMEN, *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Madrid 2002

ZURITA MARTIN²⁷ señala que con independencia de la denominación “permuta especial” o “contrato atípico”, ya que la calificación jurídica carece de efectos prácticos- la doctrina y jurisprudencia parecen estar de acuerdo en conceder especial importancia a la voluntad de los contratantes, que en base a lo dispuesto por el artículo 1255 del C.c, establecerán en el contrato cuantas cláusulas consideren necesarias para alcanzar los fines perseguidos por ambos al crear esta nueva modalidad de contratación. Y de ahí que, a falta de voluntad expresa, serán aplicables a este contrato las normas que para la compraventa establece el Código Civil o para la permuta en su caso, y en relación a los problemas derivados de la obligación de hacer del constructor, algún que otro precepto regulador del arrendamiento de obra.

No quedan englobados en los contratos atípicos aquellos en los que las partes, dada la autonomía de la voluntad en materia contractual, modifican las normas de un determinado tipo de contrato, o le añaden cláusulas que no son las propias, o cuando se utilizan varios tipos contractuales para conseguir un determinado fin.

Desde esta perspectiva, el contrato de cambio de solar por edificación futura constituye una especialidad que variará en cada caso según la modalidad específica de contrato que se acoja.

En opinión de SERRANO GOMEZ²⁸, es *“una forma contractual admitida socialmente y habitual en la contratación inmobiliaria que, sin embargo, no es contemplada por nuestro derecho positivo. Todo ello le convierte en un contrato socialmente típico pero atípico legalmente, en el que las partes, para conseguir el fin perseguido, desarrollan una misma operación económica a través de diferentes figuras contractuales”*.

Efectivamente nos encontramos ante una modalidad contractual que si tiene una tipicidad social, que ha sido recogida y desarrollada jurisprudencial y doctrinalmente.

²⁷ Vid.: ZURITA MARTIN, ISABEL, *El contrato de aportación de solar*. op. cit. Pg 13

²⁸ Vid. SERRANO GOMEZ, EDUARDO: *El contrato de cambio de solar por edificación futura (Doctrina, jurisprudencia y legislación)*, Madrid 2004

Concluimos que dada la situación normativa actual, no es un contrato típico, y una vez admitida su atipicidad, debemos determinar su parecido o proximidad con otros contratos típicos, para poder, como señala el Tribunal Supremo, solucionar las dos cuestiones esenciales que son su interpretación e integración. Es decir qué normas le son aplicables de otros contratos para suplir la falta de manifestación de la voluntad que no ha llegado a elaborar una regulación completa a la figura, para poder hacer la integración del mismo; así como interpretar la misma voluntad de las partes para mantener en lo posible su validez y eficacia.

Precisamente en el caso de contrato atípico que nos atañe, nos encontramos con que al tener elementos de dos o más esquemas contractuales típicos, da lugar a lo que autores como DIEZ PICAZO²⁹ denominan contratos mixtos o complejos, partiendo de un aprovechamiento máximo de los esquemas o tipos legales existentes, e introduciendo en ellos nuevos pactos que desfiguran los esquemas iniciales para servir a fines total o parcialmente distintos de los que en su día fueron previstos por el legislador, o combinan dos o mas tipos de contrato con este mismo objetivo.

De una manera u otra la principal problemática que plantean estos contratos es la normativa aplicable, para lo que debemos estar a la fijación del fin que los contratantes hubieran perseguido al celebrar el contrato.

Sin duda partiremos de la autonomía de la voluntad, y de las limitaciones a la misma que se establecen en las leyes imperativas, es decir, normas del título II del capítulo IV del Código civil. Igualmente el contrato atípico girará entorno al artículo 1258 del Código civil, por lo que se aplicarán los pactos establecidos por las partes, y en lo no previsto por los usos y leyes dispositivas. Esta remisión a los usos, implica si ya existen, acudir a la tipicidad social; pero la remisión a las normas es algo mas problemática cuando el contrato atípico contiene elementos de dos o mas esquemas contractuales típicos, es decir los que DIEZ PICAZO denomina contratos mixtos o complejos.

²⁹Vid. DIEZ PICAZO, LUIS, Y GULLON, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil* , Volumen II, Tecnos 2005, pg 37

En este caso se han formulado varias teorías, que DIEZ PICAZO engloba en tres teorías de integración. En primer lugar se encuentra la teoría de la absorción, que trata de buscar el elemento preponderante en la relación creada y si este elemento preponderante o mayoritario se corresponde con un contrato típico, nos llevará a aplicar su normativa.

Por otro lado encontramos la teoría de la combinación, cuando no sea posible la primera, especialmente cuando no podemos encontrar un elemento preponderante acorde con el fin perseguido por la partes, o siendo varios los elementos preponderantes, se tratará de construir una normativa propia combinando la normativa correspondiente a cada uno de los contratos típicos, atendiendo siempre al fin perseguido por los contratantes.

Y en tercer lugar encontramos la denominada aplicación analógica, consiste en la búsqueda de la figura tipificada más afín al contrato atípico, para aplicar su normativa por analogía. Esta teoría que aparentemente parece simple, como señala DIEZ PICAZO tropieza con una realidad casi insuperable, la atipicidad del contrato, o su imposible encaje en los tipos legales reconocidos, lo que lleva a la inexistencia normalmente de otra figura tipificada y con tal fin.

En resumen, dadas las características citadas del contrato de cesión de solar a cambio de obra, y en relación a esta última problemática, entendemos, que salvo que las partes hayan configurado el contrato de manera distinta, la figura negocial o esquema preponderante, aun cuando no encaje perfectamente en todas las modalidades de este negocio, entendemos que es el de la permuta, aplicando en consecuencia, bien por ser el contrato con elemento predominante o bien por aplicación analógica, las normas de la permuta establecidas en el Código civil.

Vinculada a esta cuestión, se ha planteado PLANA ARNALDOS³⁰ la posible naturaleza unitaria de esta figura. Es decir, cuestionamos si aunque existan una pluralidad de formas estamos ante una consideración de un único tipo contractual. Admitir que

³⁰PLANA ARNALDOS, M^a CARMEN, *Cesión de solar a cambio de obra futura* op. cit. pg 40 y ss.

estamos ante un mismo tipo contractual, requiere la repetición de ciertos elementos constantes, y una única finalidad. Si procedemos a analizar la figura en la realidad práctica observamos que sí existe una finalidad común y una serie de elementos comunes, de tal manera que ello nos permitiría optar por entender que sí nos encontramos con un tipo negocial único, si bien la consecuencia sería que también podrán determinarse obligaciones comunes a todos los supuestos y en consecuencia un mínimo régimen legal único aplicable al contrato. De seguir esta tesis, debemos encontrar pues cuál es el contrato típico. PLANA ARNALDOS destaca que el tipo contractual, es un apartado algo más concreto dentro del tipo jurídico, y se configura como un conjunto de relaciones sociales que constituyen un esquema común al contrato unitario e independiente, lo que posibilita dotarle de tipicidad contractual. Y para que el tipo contractual sea reconocido como tipo legal, se requiere que sea socialmente admitido y puesto en práctica.

Para DE CASTRO³¹, destacando la interpretación objetivista de la causa, el elemento determinante del tipo será la causa. Se trata de buscar el elemento que esté presente en todo contrato de esta naturaleza y de ahí que se considere que la función social que cumple o la necesidad social a la que se da respuesta con el contrato, es el elemento constante. De este modo se identificará la función económico-social del contrato con la causa, y a su vez ésta como elemento determinante, nos llevará al tipo. Sin embargo como la función del contrato no siempre es constante y en ella influyen también motivos concretos al contratar, según la teoría que sigamos sobre la causa en el negocio jurídico se admitirá este elemento como un común denominador o no³².

Otro elemento que puede ser identificador y determinante del tipo podría ser la prestación típica, pero esta teoría falla desde el momento que existen varias prestaciones y no es posible englobarlas bajo un mismo tipo.

Con todo lo señalado, concluimos, como ya señalábamos en el capítulo I, que no es posible establecer una naturaleza unitaria de todas las formas que pueden adoptar los

³¹DE CASTRO, FEDERICO, *El negocio Jurídico*, op. cit. pg 163y ss.

³²LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, *Elementos de Derecho Civil* tomo I, vol. 3, Barcelona 1990, pg 209 y ss.

negocios de cesión de solar a cambio de obra; algunas modalidades podrán encajar dentro de los límites de la permuta o el arrendamiento de obra, pero otras muchas no. Por consiguiente no hay un tipo negocial único de cesión de solar, aunque sí podemos observar, que existen, y en esto estriba nuestro trabajo, un conjunto de contratos que sí están unidos por una finalidad común y elementos coincidentes.

CAPÍTULO II. CLASES

I.- Introducción

Como ya se indicó, cualquier clasificación es de carácter abierta o enunciativa, pues no puede acotarse las muchas variedades de negocio que tienen como efecto un cambio de solar por obra. Intentaremos con esta clasificación partir de las diferentes configuraciones de la figura para determinar así sus clases. Por tanto se destacará el modelo de aportación, el de asociación, el de cesión, y otros menos utilizados en la práctica.

Como toda clasificación, en función del elemento diferenciador, podemos determinar los distintos tipos, sin embargo, la dificultad de realizar una clasificación amplia que englobe la totalidad de las posibles alternativas de modelos de cesión es mayor ante esta figura que a su vez implica una pluralidad de construcciones.

Desde esta perspectiva y dada la versatilidad de esta figura contractual, pasamos a enumerar las clases partiendo de tres grandes compartimentos, con modelos dentro de cada tipología no exentos entre sí de grandes diferencias. Sistematizaremos las diferentes opciones que en la practica se utilizan, distinguiremos: las modalidades de cesión, las de aportación en común, y contratos mixtos.

II.- Supuestos de aportación en común

Ubicaremos dentro de esta clasificación, todas aquellas modalidades, que parten de la puesta en común de todo o parte del solar, con la finalidad de llevar acabo en el mismo una obra que se repartirá entre los partícipes, es decir el elemento que sería común denominador, es la comunicación de elementos entre las partes, ya sea por vía de comunidad o por distintas formas de asociación.

1.- Construcción de obra en comunidad.

Frecuentemente se opta por edificar en común y distribuir luego los pisos resultantes entre los comuneros, esta es la opción, por ejemplo, de la STS 12 de diciembre 1994³³. La figura no tiene una normativa específica aunque la ley la conoce (DA 1ª LOE y Parte Expositiva de la LPH) y en la práctica es bastante frecuente.

Esta modalidad se conoce con varios nombres: autopromoción, comunidad de promoción-construcción, construcción de edificios en comunidad, construcción comunitaria, etc.

Se ha considerado como un tipo de cesión de suelo por obra futura que destaca por su sencillez y por evitar al cedente la transmisión de todo el solar. Además ahorra costes de construcción y gastos de intermediación y permite controlar directamente cómo se ejecuta la obra. Entre los inconvenientes se puede citar que los acuerdos de declaración de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal y constitución de gravámenes sobre el terreno requerirán acuerdo unánime de los comuneros y que si uno de ellos resulta insolvente toda la obra puede quedar paralizada.

Especialmente resalta³⁴, entre los inconvenientes que se ocasionan con este contrato, la inseguridad jurídica que puede plantearse sobre la atribución del inmueble deseado, así como las responsabilidades derivadas de la actuación edificatoria. Efectivamente estos inconvenientes son un obstáculo real a la hora de optar por esta configuración. No obstante entendemos que si los constituyentes pactan adecuadamente en el contrato constitutivo de la comunidad, las normas para la adjudicación posterior de los pisos o locales y éstas son claras y concisas con expresión de todas las características de cada uno, especialmente tamaño, ubicación, o altura en caso de un edificio, los problemas se minimizan. Y en relación a las responsabilidades que los comuneros tendrán como promotores, no serán excesivamente onerosas si su labor es diligente y cuenta con

³³ STS de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9415)

³⁴Vid. SERRANO CHAMORRO, Mª EUGENIA: *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Navarra 2002, pg. 192 y ss.

el asesoramiento del gestor de comunidades. Por ello, pese a estos posibles inconvenientes entendemos, como iremos destacando a lo largo del trabajo, que a nuestro parecer es la fórmula más recomendable.

La construcción de la obra futura en comunidad, puede llevarse a cabo por acuerdo entre varios propietarios de diferentes terrenos, solares, que lo ponen en común para conjuntamente edificar y repartir lo edificado. O puede también constituirse entre el propietario o propietarios de solares y un constructor que pone su trabajo y materiales, como aportación a la comunidad, para también proceder a repartir los pisos o solares resultantes.

El momento en que se entiende atribuida la propiedad sobre cada piso o local, será posteriormente analizado en el Capítulo II de la Segunda Parte, pero anticipamos, que al tratarse de una comunidad funcional, construidos los pisos o locales, deviene normalmente sin causa, y se extingue adjudicando la propiedad individual de cada elemento a los comuneros conforme se hubiera pactado.

En esta modalidad cabe distinguir dos aspectos, el contractual y el real.

Respecto del primero, aunque no se constituya propiamente una sociedad, dados los acuerdos previos normalmente establecidos entre las partes antes de poner común los bienes, parece que nos encontramos con una figura cercana a una sociedad civil, de la que más tarde se hablará. Conforme a esta idea, la doctrina destaca el carácter asociativo del convenio y le aplica los arts. 1705 y 1706 CC.

En el aspecto jurídico-real, sin embargo, es donde más propiamente se habla de comunidad. Ésta se rige por los arts. 392 ss. C.c. y surge por dos vías distintas: a) porque las personas que ya son copropietarias de un solar se comprometan a llevar a cabo su edificación en común; o b) que diversos propietarios de solares colindantes los aporten a la empresa común para agruparlos y construir en común sobre el resultante. En cualquier caso, si hay pisos sobrantes pueden enajenarse a terceras personas.

Generalmente, en la escritura de obra nueva se atribuye a cada comunero la propiedad privativa de los pisos que les corresponden a cambio de su aportación al común, y se declara que cada comunero es promotor de su propio piso. La propia comunidad gestiona la edificación salvo que se encomiende a una tercera persona (promotor de comunidades). Durante la construcción se excluye el ejercicio de la *actio communi dividundo*, que frustraría la finalidad perseguida con el contrato, porque precisamente lo que con este contrato se pretende es que llevar a cabo la edificación conjunta, reduciendo gastos y riesgos, para una vez estén terminados los pisos o locales, adjudicarlos a los comuneros y extinguir esta comunidad.

Frecuentemente se pacta la exclusión del ejercicio del derecho de tanteo y retracto de comuneros. Esta exclusión obedece al ánimo que en este negocio subyace de poder enajenar todo o parte de los pisos o locales, es decir, el comunero tratará de sacar rentabilidad como negocio, a su aportación. Puede que la transmisión a un tercero se lleve a cabo incluso antes de la terminación completa de la obra, continuado el adquirente con los mismos compromisos, obligaciones y derechos que tenía el comunero.

En cuanto a la responsabilidad de los comuneros, la doctrina los ha considerado constructores y alguna sentencia promotores, como la STS de 18 de diciembre 1990³⁵, algo que la LOE confirma (arts. 9 y 17.4) pero que para algún sector es excesivo cuando la comunidad no promueve frente a terceros.

Es frecuente también, delegar la mayoría de decisiones en esta edificación al gestor, quien es realmente un promotor delegado. La figura del gestor de comunidades, debe actuar como verdadero promotor, desde el punto de vista profesional y de responsabilidad. Será el encargado de cumplimiento de todas las normas aplicables a la edificación, tanto en relación con el código de edificación, como Prevención de riesgos, o daños a terceros

Algunas variantes de la construcción en comunidad pueden ser la constitución de derechos de vuelo que se atribuyen recíprocamente a los diversos comuneros, de modo

³⁵ STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10286)

que los pisos o locales previamente asignados vienen a concretar, una vez acabados, sus derechos, o la recíproca concesión de derechos de superficie.³⁶

También lo sería la llamada construcción en propiedad horizontal o comunidad valenciana, descrita como supuesto de transformación directa de la comunidad de tipo romano en un régimen de propiedad horizontal. Esta pretendida transformación se basa en la ficción de que cada comunero construye desde el inicio únicamente su piso o local sobre su cuota indivisa de solar, como si hubiese una división de cosa futura. Esta ficción sería posible —según la opinión que la admite, por ejemplo la STS de 22 de enero de 1990³⁷— gracias a una modalización del efecto de la accesión.

En cualquier caso, la adquisición de la propiedad se produciría, de modo originario, lo que excluiría a la calificación como permuta.

LUCAS FERNANDEZ³⁸, distinguía bajo el paraguas de la comunidad varias opciones:

a) Comunidad con pacto de división futura: donde se acuerda la edificación y que a su terminación cese al proindiviso mediante el oportuno acuerdo particional que requerirá un nuevo consentimiento de las partes para la división.

b) Construcción con pacto de división actual de cosa futura

³⁶ Como más tarde observaremos en la tercera modalidad, MUÑOZ DE DIOS, GERARDO, en su obra *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Editorial Espasa Calpe, Madrid 1987, pg. 182, se refería a la posibilidad de combinar la cesión de vuelo con la agrupación de autopromotores, o la comunidad para construir en sentido genérico. Y una de las posibilidades será por vía de la extinción del proindiviso, cuando el terreno pertenezca en comunidad a varios titulares, y desean salir del proindiviso, adjudicando a cada uno el derecho de vuelo singular y exclusivo para una o mas plantas sobre o bajo el suelo.

³⁷ STS de 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 189)

³⁸ Vid. : LUCAS FERNANDEZ, FRANCISCO, “La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de la aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir”, *RDN* 1967

c) Construcción por cada dueño de su piso sobre la base de recíprocas concesiones superficiarias: desaparece en este supuesto la idea de comunidad en la edificación porque aquí cada interesado construye su piso y se convierte en propietario del aquel.

d) Construcción por cada dueño de su piso privativo sobre la base de recíprocas concesiones de derecho de sobreelevación: realmente es muy similar al anterior, con la salvedad de que se concede un derecho de sobreelevación

e) Construcción por cada copropietario del solar sobre la base de un convenio regulador del principio de accesión. Cada propietario construirá su propio piso acordando que lo edificado accede no al solar común sino que cada piso accede a la respectiva cuota del condominio.

f) Edificación conjunta de los interesados y adscripción de las propiedades horizontales a los mismos en la escritura de declaración de obra nueva.

Así también señala ESPEJO LERDO DE TEJADA³⁹ que ciertamente las normas del Código Civil en relación a la copropiedad (artículos 392 a 406C.c), con la generosa acogida que se proclama al principio de autonomía de la voluntad, permitirán integrar perfectamente el conjunto de obligaciones que asume el cesionario sobre la cosa en el estatuto jurídico-real del suelo. E incluso también permitirían las posibles limitaciones contractuales a la libre disposición por el cesionario; ya que el cesionario no debería poder transmitir ni el suelo ni la edificación no acabada. Su poder de enajenación debe quedar restringido a aquellas unidades constructivas que le correspondan. Para este autor, dado que el solar terminará siendo compartido entre cedente y cesionario, en la fase intermedia no debe admitirse que el cesionario adquiera la propiedad plena sobre el mismo. Esta transmisión es claramente perjudicial para el cedente, y si embargo es innecesaria. Lo que se crea es una comunidad instaurada sobre el suelo, en la que será bastante la voluntad de las partes y las normas legales vigentes sobre la copropiedad. *“Para resolver esta relativa laguna de regulación, conservaría valor la necesidad de publicar una situación de*

³⁹ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL: *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil.*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla 2011, pg 60 y ss.

comunidad sobre el solar, pero no como aplicación de la consecuencia jurídica del primer párrafo del artículo 13 RH, sino como la única solución coherente con la real voluntad de las partes y con nuestro sistema de transmisión de derechos reales. Obviamente el régimen jurídico y el alcance de esta comunidad sobre el solar dependerán de lo que se haya pactado en cada caso concreto.”

En nuestra opinión, como destacamos inicialmente con esta modalidad se resuelve el desequilibrio que puede existir entre las posiciones de cedente y cesionario, en la modalidad clásica de permuta. Se abaratan los costes de la promoción, y se ajusta dada la flexibilidad del modelo, a las necesidades y variantes de comunidad según se forme solo por propietarios de solares, o también por quien aporta trabajo o construcción.

2.- Sociedad civil.

Según RUDA GONZALEZ⁴⁰, ligada con la modalidad anterior está aquella en que las partes constituyen una sociedad para edificar. En realidad, se tratará en muchas ocasiones —no en todas: si la sociedad tiene personalidad jurídica, no hay comunidad— del aspecto jurídico-obligacional de la anterior, esto es la otra cara de la misma moneda. También desde el punto de vista tributario se puede calificar como sociedad civil un convenio que las partes designan como constitutivo de comunidad de bienes.

El cedente aporta el solar y el constructor su industria y los materiales. Cuando la sociedad se disuelve se adjudican los distintos pisos a los socios. Si bien las aportaciones de los socios se convierten en patrimonio de la sociedad, con las implicaciones que ello conlleva. Esta modalidad se utiliza en algunas ocasiones en que el solar sobre el que se quiere construir pertenece a los miembros de una misma familia. La sociedad será en el tiempo que medie desde la aportación de los solares, hasta la disolución con adjudicación de los inmuebles, la titular de estos bienes, y de los pisos o locales que resulten de la construcción, pero también implica un riesgo alto para los socios, que se desprenden de

⁴⁰ Vid. RUDA GONZALEZ, ALBERT: *El contrato de cesión de suelo por obra*” Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pg. 120 y ss.

los solares, a cambio de las participaciones de la sociedad y deberán confiar en que la edificación se lleve a cabo en los términos pactados.

Por esta razón su inconveniente es que el cedente compromete su responsabilidad, ya sea ilimitada —si se trata de una sociedad civil o de una comunidad de bienes— o limitada —sociedad de capital—, por una actuación que en definitiva lleva a cabo la otra parte. Pero esta responsabilidad no es exacta, al menos cuando se trata de una sociedad civil interna, pues sus socios no responden por las deudas individualmente contraídas por los gestores en desarrollo del fin social. Si el administrador, que normalmente es el gestor o promotor delegado, incurre en actividades arriesgadas, será éste como administrador quien debe responder de sus actos, especialmente cuando además pone en peligro a la sociedad y su patrimonio.

También se ha criticado que el cedente sea considerado como constructor, aunque se trata de una afirmación a revisar tras la LOE. Desde el punto de vista jurídico-tributario, además, las aportaciones sociales tributan por IS tanto en la constitución como en la disolución de la sociedad. En definitiva, a la vista de los riesgos que siguen pesando sobre el cedente, y las cargas fiscales, entendemos que la constitución de una sociedad no es la mejor vía para conseguir el fin de cambio entre solar y pisos. Solo si la confianza es plena entre los partícipes, podrá ser atractiva esta figura. Como puede ser el caso de una familia propietaria de varios solares o uno común sobre el que se pretende edificar, para vender posteriormente los pisos resultantes.

Para distinguir si estamos ante un contrato de sociedad o una simple comunidad, ya que la línea divisoria es muy fina e incluso invisible, la doctrina señala que la sociedad exige la “*affectio societatis*” y el ánimo de obtención de lucro por las partes. Por tanto cabrá hablar de contrato de sociedad en los casos en que las partes pactan la cesión del solar a cambio de un porcentaje en los beneficios derivados de la venta de pisos o locales construidos, de manera que cada socio hace una aportación, bien de solar o bien de trabajo y medios necesarios para proceder a llevar a cabo la edificación, y siempre con la intención de repartir entre sí los beneficios.

Caso que encaja en esta construcción fue el de objeto de análisis en la STS de 9 de octubre 1995⁴¹ “...*Bajo la extraña y rebuscada formula de la donación (...) se evidencia claramente que lo celebrado entre las partes fue el contrato atípico, complejo, mixto de aportación (en forma de venta) y asociación o sociedad, como correctamente lo ha calificado la sentencia recurrida. (...) es reiterada doctrina de esta Sala la de que aun cuando no se otorgue escritura pública hay que entender que el precepto del artículo 1667 del Código Civil esta subordinado al del 1278 del mismo Cuerpo legal, y que el documento privado obliga a los contratantes, aunque haya bienes inmuebles, por lo que no cabe hablar de la pretendida nulidad del ente societario...*” Y del mismo modo la STS de 18 de abril de 1988⁴²

Si bien desde el punto de vista práctico, señala ZURITA MARTIN⁴³, se han opuesto serios reparos a la consideración de este supuesto como sociedad civil, especialmente a efectos prácticos; entre ellos, el mas destacado la ilimitada responsabilidad del socio aportante, que solo expone el solar, sino que incluso arriesga su propio patrimonio personal, algo que no se acomoda a las necesidades ni a la finalidad perseguida por las partes al escoger esta modalidad de contratación. De ahí que para MUÑOZ DE DIOS⁴⁴ la constitución de una comunidad, es la solución más adecuada para regular las relaciones jurídicas entre constructor y aportante, salvo para el caso de participación en ganancias líquidas, para cuyo caso entiende mas apropiada la cuenta en participación.

⁴¹STS de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7026)

⁴²STS 18 abril 1988 (RJ 1988, 3358), en la misma que enjuiciaba un supuesto en el que se cedían unos solares en documento privado a un constructor comprometiéndose éste a entregarles a los cedentes el 33 por cien de todas las ventas que se efectuasen en el edificio, que además se comprometía a construir en plazo de cinco años a contar desde la obtención de licencia, con un mínimo establecido. Además se facilitaba al cesionario un amplio poder para efectuar las ventas. Antes este supuesto se alego por los demandados que la naturaleza del contrato no era la de titulo traslativo de propiedad, sino la de sociedad civil irregular y que debía regularse por las normas de la comunidad de bienes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó esta postura y condenó a las demandas al otorgamiento de la de la adjudicación de las setenta y siete partes sobre cien, la Audiencia confirmo la sentencia y también el TS señala que no puede deducirse del contrato que la voluntad de las partes sea mantener en comunidad o proindivisión los elementos del edificio no enajenados a tercero. Las aportaciones implicaban una finalidad traslativa, con perdida de la titularidad exclusiva de lo que cada uno aporta, pero en el momento de enjuiciamiento se encuentran ya en liquidación por mutuo disenso y ha desaparecido la *affectio societatis*

⁴³ZURITA MARTIN, ISABEL. *El contrato de aportación de solar*. Op. cit. pg 20

⁴⁴MUÑOZ DE DIOS, GERARDO, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, op. cit. pg 133

3.- Participación en ganancias.

Cabe incardinar dentro de esta figura la variedad por la que el dueño de solar lo pone a disposición del constructor y como contraprestación, aquel recibirá una parte de las ganancias que obtengan con la venta del edificio. Así se configuró en el supuesto de hecho de la STS de 17 de diciembre de 1986⁴⁵. Realmente este supuesto se aleja del esquema de cesión de solar a cambio de obra futura, ya que la contraprestación a favor del cedente ya no es la obra futura sino la participación en los beneficios que el negocio después de la venta a terceros de la obra puede haber producido. Además no se evita con esta fórmula el riesgo que sigue corriendo el cedente, si el cesionario no llega a construir el edificio o ejecutar la obra. Sin embargo, en este supuesto normalmente, la calificación de constructor ya recae en exclusiva sobre el cesionario y no sobre el cedente que solo participa en beneficios. Pese a todo entendemos que sigue siendo una fórmula forzada y poco protectora para los intereses del cedente.

Si bien como ya se ha señalado cabría seguro hacer nuevas combinaciones, podemos hablar de la modalidad de cuentas en participación, También aquí MUÑOZ DE DIOS, ha considerado la posibilidad de utilizar la modalidad de cuentas en participación de manera que el cedente pone en común el suelo, y el cesionario pone en común el trabajo, para luego llevar a cabo un reparto de las ganancias que se obtenga con la enajenación del edificio. El único obstáculo, es que este contrato requiere que ambos partícipes sean comerciantes, y sin embargo esta cualidad sí suele darse en el cesionario pero no en el cedente.

4.- Cesión de cuota indivisa de solar a cambio de obra.

Como se dijo, el art. 13 RH calla sobre los diversos contenidos posibles de la prestación del cedente. La regulación parte de la idea de que se trata de un contrato de permuta, en que la parte propietaria cede íntegramente el suelo a la otra. No obstante, la realidad muestra contratos en que el cedente transmite sólo una cuota indivisa del solar.

⁴⁵ STS de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7676)

Quedan al margen los contratos en que se cede sólo una parte de unos terrenos a cambio de la parcelación del resto, puesto que no se da aquí el esquema de permuta de solar por pisos, son, eso sí, cesión de suelo por obra en sentido amplio.

La cesión de cuota indivisa se recomienda como la más segura para el cedente, ya que solo se desprende de una cuota, pero sigue participando de la propiedad del solar en el resto. Parece frecuente en Francia⁴⁶ y en la práctica se conoce como método de las milésimas, consistente en la cesión de un porcentaje del edificio a construir medido en milésimas, de manera que la obligación del cesionario será la entrega de ciertas milésimas de bien construido.

Entre nosotros, en cambio, se prefiere establecer las fracciones de otro modo: por ejemplo, en el caso de la STSJ Cataluña, de 5 de febrero de 1990, Sala de lo Civil y Penal, núm. 2/1990⁴⁷ se cedieron las seis décimas partes de un solar y se retuvieron las cuatro décimas restantes; en el de la STS (3ª) de 18 de noviembre 1977⁴⁸, la distribución fue de nueve décimas para los cedentes y una para el cesionario; en el caso de STS (3ª) de 4 de mayo 1988⁴⁹, el propietario del solar cedió el 91'72% del mismo a cambio de todos los bajos comerciales y tres plazas de garaje; y finalmente, con todavía más precisión, el caso de la STS de 18 de diciembre 1990⁵⁰, en que el cedente transmitió el 78'57135% del

⁴⁶ MALINVAUD Y JESTAD, recoge las dos formulas del en Francia el negocio de cesión de suelo a cambio de pisos futuros, y una de ellas es la “*cession de milliemes*”, semejante a cesión de cuotas (derecho germano). El cedente transmitirá una cuota del terreno y conserva otra, y adquiere los pisos o locales que se construyan por accesión. La situación de indivisión que crea esta situación entre las partes, afecta tanto al solar como a los pisos, y en consecuencia llevará a la obligación que recae sobre las partes de proceder a partir el inmueble, determinado la propiedad individual de cada uno; en consecuencia para evitar este resultado que en ocasiones se traduce en disputas sobre la adjudicación, en el contrato de cesión deben establecerse las precisiones necesarias a estos efectos, y regular la copropiedad que se crea.

⁴⁷ STSJ Cataluña de 5 de febrero de 1990 (RJ 1990, 2574)

⁴⁸ STS de 18 de noviembre de 1977 (RJ 1977, 4467)

⁴⁹ STS de 4 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3766)

⁵⁰ STS de 18 de diciembre de 1990, (RJ 1990, 10286) (Tirant on line TOL1.729.464) Se trata de un supuesto en el que si bien los demandados, ahora recurrentes, don Cornelio y doña Raquel, en unión de los también demandados, ahora recurridos, don Luis Alberto, doña María Cristina, don Joaquín y doña Esperanza, otorgaron escritura pública autorizada por el Notario de Terrassa don Rafael Fibra Carpi, de declaración de obra nueva y división horizontal y adjudicaciones del edificio cuestionado, sin embargo también se reconoce en la misma sentencia que existe un documento privado, fechado el 11 de junio de 1979, en virtud

solar, y se estima el recurso fundado en el número 5º del artículo 1692 de la ley de enjuiciamiento civil, con base, en violación, por inaplicación, del párrafo primero del artículo 1.232, en relación con el número 1.233 del Código Civil , así como de los 1.249 y 1.253 y del 1.227 y 1.591 del mismo Cuerpo Legal, puestos estos últimos artículos en relación con el número 4º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La citada sentencia señala que *“se está evidenciando que los relacionados demandados, ahora recurrentes, no han intervenido, en contra de lo que en la resolución impugnada se aprecia, con el carácter de promotor-constructor, a fines responsabilizadores con base en el artículo 1.591 del Código Civil , por vicios constructivos determinantes de ruina a que tal precepto se contrae, sino que, en realidad, simplemente se limitaron a transmitir a los que sí han sido efectivamente promotores-constructores don Luis Alberto y don Joaquín el solar en que la edificación a que se viene haciendo mención ha sido construida, generando con ello, en esencia, una específica permuta con prestación subsidiaria de obra determinante de un contrato atípico "do ut des», subsumible por analogía dentro de los términos del artículo 1.538 del Código Civil , y el que, en consecuencia, no origina en los transmitentes del solar, a tal finalidad constructiva con otros, el carácter de promotor- constructor, ni por tanto les alcanza la responsabilidad proveniente del aludido artículo 1.591 del Código Civil; y sin que a ello obste, para dar eficacia a dicho documento privado, con su complemento del referido escrito dirigido al Departamento de Política Territorial i Obras Publiques - Direccio General d'Arquitectura i Habitatge-, el contenido del artículo 1.227 del Código Civil , porque según tiene declarado esta Sala en sentencias de 6 de junio de 1982, 12 de junio de 1986 y 9 de julio de 1988 , un documento privado puede tenerse por eficaz en juicio cuando se*

del cual los referidos don Cornelio, con el consentimiento que le presta su esposa doña Raquel, a los efectos del artículo 1.413 del Código Civil, cede y transfiere a dichos don Luis Alberto y don Joaquín , que aceptan y adquieren, 78'57135 centavas partes indivisas del solar descrito en el antecedente I del contrato reflejado en ese documento privado, libre de cargas y arrendamientos y con cuantos derechos y servidumbres sean inherentes, con las condiciones de *“que los señores Luis Alberto y Joaquín se obligaban a construir sobre el citado solar una casa o edificio, de las características que se expresan, y cuyo edificio sería construido con sujeción al proyecto que redactaría el Arquitecto que aquellos adquirientes designaren, previa aprobación de los indicados señores Cornelio Raquel , a cambio de cuya cesión los tan citados don Luis Alberto y don Joaquín se obligaban a entregar los tan mencionados don Cornelio y doña Raquel el local de la planta baja y uno de los dos pisos de la planta primera del edificio que construyan, quedando el resto del edificio propiedad de los constructores”*, con otras disposiciones complementarias al respecto, así como que mediante documento suscrito por los precitados demandados don Luis Alberto y don Joaquín, dirigido al Departament de Política Territorial i Obras Publiques -Direccio General D'Arquitectura i Habitatge-, como consecuencia de expediente sancionador 128/82 instruido por la Generalidad de Catalunya, reconocen haber sido ellos los únicos promotores-ejecutores del inmueble objeto de discusión.

corrobore con otras pruebas practicadas, a pesar de lo expresado en aquel precepto, dado que este sólo es aplicable cuando el hecho a que se refiere únicamente puede tener demostración por el propio documento, pero no cuando existen otras pruebas que acreditan su realidad, como es el indicado escrito dirigido al mencionado organismo de la Generalitat de Catalunya, aparte y, en todo caso, el invocado artículo 1.227 se contrae a la fecha del documento, pero no a su contenido, es decir a lo que en él se establece y reconoce.”

Esta sentencia nos pone en relación con la regulación de esta figura en Cataluña, tras la Ley 23/2001, de 31 de diciembre de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura (en adelante, LCF), única en el Estado español, que de hecho aborda la materia desde el punto de vista jurídico-civil, complementada, en lo que respecta a los aspectos registrales, por el art. 13 del Reglamento Hipotecario.

La legislación catalana, admite esta modalidad de cesión de cuota, desde el momento que introduce el termino “edificabilidad” como gran novedad.

Una de las bases de la regulación que la LCF prevé es lo que se refiere a la transmisión de la propiedad de las viviendas, locales u otros elementos prometidos por la parte cesionaria como contraprestación a la cesión del suelo o edificabilidad de la parte cedente. En particular, distingue y regula dos conceptos dedicados a esta cuestión: el primero se refiere a la llamada “adquisición en la transmisión total”, y trata de los contratos en que la parte cedente transmite la totalidad de la finca o la edificabilidad a cambio de la construcción futura, (art. 4). El segundo se refiere a la llamada “adquisición en la transmisión parcial”; esto es, aquella modalidad contractual en virtud de la cual la parte cedente no transmite toda la finca o edificabilidad de su titularidad, sino sólo una parte de la misma o de su edificabilidad (art. 5).

Partiendo de ello, RUDA GONZALEZ, distingue según se trate de transmisión total o parcial de la propiedad. Respecto de las características de la primera modalidad señala que el cedente se obliga a cumplir su prestación en primer lugar. De este modo, entregará la posesión de la finca de su propiedad a la otra parte o le transmitirá la edificabilidad a

fin de que ésta cumpla después con sus obligaciones. En líneas generales, se podría decir que el funcionamiento del contrato seguirá en la mayoría de los casos el esquema del contrato de permuta, en el cual, como es bien conocido, una persona entrega una cosa para recibir otra diferente (art. 1538 CC).

La cesión de cuota indivisa ahorra a las partes el innecesario ir y venir de prestaciones que tiene lugar cuando se cede todo el solar. En Francia se conoce a esta última modalidad con el expresivo nombre de *opération navette* (algo así como operación de vaivén). También se evitan algunos de los riesgos —a veces desconocidos— que en ella acechan al cedente.

Esta posibilidad de cesión de cuota, puede ponerse en relación con la regulación de la figura en el Derecho Alemán, así GREGOR BASTY⁵¹, jurista alemán que ha analizado en profundidad este negocio de cesión de suelo por obra, señala que existen dos modelos de cesión: *Aufrechnungsmodel* y *Eigentumsmodel*. La distinción se fundamenta en el origen de este contrato.

En la modalidad clásica, “*Aufrechnungsmodel*”, el cedente transmite al promotor la totalidad del solar, convirtiéndose desde ese momento en único propietario del solar. De este modo, se convierte en verdadero promotor, con todas las consecuencias que de ello deriva en el derecho germano, fundamentalmente la responsabilidad del mismo frente al adquirente o consumidor. Una vez convertido en único dueño, procede a la división en Propiedad Horizontal, y después de ejecutada la misma entregará al cedente del solar la cuota que le corresponda.

Sin embargo en la modalidad más moderna, la denominada por GREGOR BASTY como “*Eigentumsmodel*”, o “modelo de cuota”, nos encontramos con un negocio de estructura más complejo. El cedente de suelo, procede desde el inicio a la división y constitución en comunidad. Transfiriendo de inmediato al promotor una cuota sobre el mismo suelo, quien se compromete y obliga con el cedente a edificar en la cuota que se ha reservado el propietario las vivienda o elementos que se acuerden; quedando en su

⁵¹GREGOR BASTY: *Der Bauträgervertrag*, 2 Aufl, Munch 1995 (“ El contrato de Promoción”)

propiedad desde el inicio la cuota del solar que la adquirido y también las viviendas que se construyan en ella, pudiendo enajenar a terceros.

En el Derecho Germano, también existe una tercera modalidad llamada por FERRANDO NICOLAU⁵², modelo de prórroga, que se caracteriza porque en ella el promotor adquiere de dueño del suelo la totalidad del mismo a cambio de un determinado precio, pero este precio, se irá abonando a medida que se vayan vendiendo los inmuebles o elementos construidos; y en garantía de este pago, que obviamente se configura como un pago aplazado, el promotor debe constituir una fianza a favor del dueño del suelo. (para mejorar su débil posición). A medida que se vaya produciendo la entrega, se reducirá la fianza prestada por el promotor al cedente.

En esta última modalidad al igual, que en la clásica, no se genera una copropiedad o comunidad entre el cedente del solar y el promotor, sino que nos encontramos con dos transmisiones mediante compraventa a dos tiempos. Pero sin embargo en la modalidad de cuota, si puede analizarse esta tipología que también tiene cabida en el Derecho Español.

En cuanto a sus efectos, al nacer entre las partes una comunidad de bienes de tipo romano será necesario que ambos comuneros intervengan para disponer sobre el bien común (por ejemplo, hipotecarlo). Se considera conveniente que se otorguen los poderes suficientes para agilizar el proceso constructivo.

5.- Contrato de Aportación.

Cercana a la figura de cesión de cuota anteriormente vista, se encuentra a nuestro parecer, y solo al efecto de llevar a cabo una clasificación sistematizadora, la modalidad de Aportación.

⁵² FERRANDO NICOLAU, ESPERANZA: *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*” Mario E. Clemente Meoro (Coordinador). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

Si seguimos a MUÑOZ DE DIOS, el contrato de aportación de solar puede darse a cambio de tres contraprestaciones que serán las tres clases o grandes grupos en los que este contrato puede subdividirse:

- A. Aportación de solar a cambio de pisos o locales en el edificio a construir. Que sería el modelo mas cercano a la cesión o permuta clásica.
- B. Aportación de solar a cambio de una participación en los beneficio o en la ganancia obtenida con la venta de los pisos o la obra resultante de construir en dicho solar
- C. Autoaportación. Cuando las partes aportan y ponen en común los solares, para proceder a construir conjuntamente en el mismo, también llamada autoaportación, procediendo mas tarde a la división horizontal.

Esta es la fórmula que subyace en la STS de 8 de noviembre de 1974⁵³, ya aludida, y es el caso mas usual cuando el cesionario es también dueño de parte del terreno donde se edificará la obra, de modo que se ponen en común los terrenos, para mas tarde adjudicar a cada la porción de obra o pisos o locales que le corresponde.

Señala MUÑOZ DE DIOS⁵⁴, que con la autoaportación, aportación mediata o autopromoción, a través o no del promotor de comunidades, se forma una copropiedad, en la cual los comuneros se hacen recíprocas concesiones y aportaciones, hasta obtener cada uno su piso, local garaje o trastero. Esta modalidad nace dentro de la figura de la aportación, con la intención de que el dueño del solar participe del valor real del terreno, según su posible edificabilidad final, facilitando la realización del negocio inmobiliario al reducirse la financiación precisa, conllevando al promotor o constructor a mejor disfrute, sin necesidad de soportar el desembolso que representa la compra del solar.

⁵³ STS de 8 de noviembre de 1974, (RJ 1974, 4132)

⁵⁴Vid. MUÑOZ DE DIOS, GERARDO *Aportación de solar y construcción en comunidad* Espasa Universidad, Madrid 1987. Para este autor aun y cuando se ha usado reiteradamente la denominación de permuta, esta nomenclatura la encasilla extremadamente, y si nos posicionamos en el lado opuesto, la categorización de cesión con contraprestación onerosa, es demasiado genérica. Por ello la denominación de aportación, le parece mas adecuada para integrar en ella todas la posibles relaciones negociales que han surgido y pudieran surgir en esta materia, sin caer en la generalidad ni encasillado antes citado, aun cuando parece mas propio de la sociedad, puede generalizarse en esta parcela del Derecho.

Como iremos desarrollando a lo largo del trabajo la autoaportación puede enclavarse como una modalidad de copropiedad, que reduce los riesgos del cedente, y equilibra la situación de los partícipes del negocio, por lo que consideramos como propuesta más beneficiosa para el renacimiento de la figura y su función social

III.- Pluralidad de contratos

Cabe entender que no estamos ante un único contrato, sino que es el resultado de unir dos contratos independientes, como dos compraventas, una venta y un arrendamiento de obra, o incluso un contrato mixto.

Podemos configurarlo como un contrato de obra, donde la esencia de la obligación del constructor sería la misma realización de los inmuebles, futuros pisos, aunque ello enlaza con otro problema que es determinar cuando estamos ante una venta y cuando ante un arrendamiento de obra. Además destaca un importante quiebro, y es que en la mayoría de las cesiones de solar a cambio de obra, el constructor edifica sobre el solar que previamente ha adquirido del cedente, por lo que ya no estamos ante obra en cosa ajena.

La regulación del contrato de obra la encontramos en los artículos 1583 a 1603 del Código Civil. La principal característica de un contrato de arrendamiento de obra es que conlleva la obligación de hacer dirigida a la creación de un nuevo objeto de derecho, a la que se le añade la obligación de dar la cosa creada. La dificultad de establecer la distinción entre las figuras del contrato de arrendamiento de obra y compraventa se hace especialmente relevante cuando se aporta no solo el trabajo sino también el material. Lo relevante a la hora de diferenciar los contratos de arrendamiento de obra y compraventa de cosa futura, es que en la compraventa la existencia de la cosa se configura como una condición suspensiva (*emptio rei speratae*), pendiente por tanto de la realidad de la misma cosa y afectando por ello a la eficacia del contrato, o como un elemento aleatorio (*emptio spei*) donde se atribuye al comprador el riesgo de la existencia de la cosa. Sin embargo en el contrato de ejecución de obra la existencia o no de la cosa futura incidirá en la responsabilidad del obligado a su entrega, si la imposibilidad le es imputable responde de los daños y perjuicios. En cualquier caso como señala DIEZ PICAZO Y GULLON

BALLESTEROS⁵⁵, ante todo debe prevalecer la interpretación de la voluntad de las partes; si dan especial importancia al proceso productivo de la cosa crear y dar, al trabajo sobre la materia objeto de dicho proceso, no habrá duda de que la calificación más adecuada será la de contrato de obra; si lo que se ha buscado es la capacidad del artífice o su especial habilidad es absurdo pretender afirmar que el comitente se ha dirigido a él con el fin de adquirir unos materiales simplemente.

Las obligaciones del cesionario son las derivadas del contrato de ejecución de obra, de modo puede acudirse a este contrato para aplicar al negocio de la cesión algunos de los preceptos del contrato de arrendamiento de obra, como la responsabilidad del constructor por vicios o defectos ocultos.

Cabe así pues un contrato mixto con notas de contrato de compraventa y de arrendamiento de obra. Como se ha señalado en los contratos mixtos a diferencia de los contratos complejos existe un único contrato, de ahí que la mayoría de la doctrina⁵⁶ mantiene que la diferencia determinante entre ambas figuras reside en sede de la causa contractual. Si encontramos una sola causa, aun siendo compleja, existirá unidad contractual; sin embargo siempre que hay pluralidad de causas existe en consecuencia pluralidad de contratos.

Es interesante en este punto, recordar como en el Derecho Germano, inicialmente se configuró esta figura como una modalidad de compraventa (ex artículo 433 y siguientes del BGB); sin embargo, dadas las obligaciones propias de las partes, su tributación, los riesgos, y especialmente la necesidad de unas garantías especiales, se evidencia el distanciamiento de la figura de la compraventa y la aproximación, como señala FERRANDO NICOLAU⁵⁷ al negocio del contrato de obra, o “werkvertrag”. De hecho,

⁵⁵DIEZ PICAZO Y GULLON BASTEROS, *Sistema de Derecho Civil*. op. cit.

⁵⁶Vid. sobre este tema LOPEZ FRIAS, ANA, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona 1994. Así como JORDANO BAEREA, JUAN BAUTISTA, “contratos mixtos y unión de contratos” *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pg 328 y ss.

⁵⁷Vid. FERRANDO NICOLAU, ESPERANZA: *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*” Mario E. Clemente Meoro (Coordinador). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

la doctrina germana y la jurisprudencia destacan el carácter mixto de este contrato, a caballo entre la compraventa y el contrato de obra; en relación a la obligación del promotor de transmitir la propiedad y por ende la posesión, al adquirente es una compraventa (artículos 433 y siguientes BGB); y en relación a la obligación de construir la obra y entregarla al adquirente (cedente no promotor), es un contrato de obra (artículos 633 y siguientes BGB)

Para SALVADOR CODERCH⁵⁸, debe buscarse en cada caso, cual de los elementos es el predominante, de modo, que si predomina una obligación de construir concebida no como una obligación de medios sino de resultado, con asunción por el contratista de los riesgos de su prestación, estaremos ante un contrato de obra, “hay contrato de obra solo si la realización de la obra predomina sobre los materiales”

Inclusive, podemos encontrar dos contratos independientes en forma, objeto y tiempo, pero interconectados; es decir se transmite al promotor el solar en un primer momento, bajo la modalidad de compraventa ordinaria, y se retrasa el pago a la terminación de la obra. Entonces, con los pisos y locales objeto de permuta ya terminados, se procede a la transmisión de los mismos compensando el precio de la primera venta. En este supuesto fiscalmente la Dirección General de Tributos entiende que existen dos contratos de compraventa distintos.

Aunque mas adelante se tratará el problema de la simulación y sus efectos, la STS de 12 de diciembre de 1988⁵⁹, señala que: “ *...es obvio que el otorgamiento de las escrituras de compraventa que ambas partes solicitaban no hubieran sido permisibles sin la previa constatación de un precio, el que fuere, que no aparece en forma alguna en el documento privado de 8 de noviembre de 1980 y que es requisito “sine qua non”, para su formación como se desprende de la simple lectura del artículo 1445 del Código Civil. Por lo demás, es evidente que la atipicidad proclamada de esta clase de negocios jurídicos y encasillables en el artículo 1538 del referido Código como contratos de*

⁵⁸SALVADOR CODERCH, PABLO, *Comentarios del Código Civil* T II Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pg 1178

⁵⁹ STS de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9431)

permuta por su mayor aproximación de estructura negocial, no es sino consecuencia de que el precedente de la permuta a partir del derecho pre justiniano, es el de los contratos innominados “do ut des” lo que no empece para el otorgamiento de escritura de permuta en ejecución de lo convenido...”

Otra variante de esta sería una primera venta del solar, y una posterior dación de los pisos o locales en pago de aquella. No obstante como señala MERINO HERNANDEZ⁶⁰, no debemos confundir el contrato de permuta con la venta acompañada de una cesión en pago, para su distinción recuerda la teoría de los pandectas franceses al decir que “*se debe ver una permuta y una venta acompañada de una dación en pago, en el contrato en el cual una parte cedería un inmueble por un precio de... para recibir otro inmueble en pago de este precio. La indicación del precio debe ser considerada como habiendo sido puesta a título estimatorio*”. Igualmente afirma BIANCA⁶¹ que no debe confundirse la permuta con el supuesto de venta que va seguida con una dación en pago. En todo caso se trata de supuestos que traen distinta causa o función económica.

Además estas posibilidades pueden combinarse entre sí y que por ejemplo parte del valor del solar se pague en dinero y parte con la permuta de obra.⁶²

En conclusión, si bien la cesión de solar a cambio de obra puede configurarse como un contrato mixto con notas de arrendamiento de obra y de compraventa, o incluso compraventa y dación en pago, entendemos que estas posibilidades pueden ser adecuadas ante supuestos de hecho concretos, donde el interés de las partes y la realidad práctica de la que se parte, lo aconseje, pero ni evitan los riesgos para el cedente que sigue están

⁶⁰MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid 1978, pg 91

⁶¹BIANCA, MASSIMO *La vendita e la permuta*, Torino 1972, pg 1023

⁶²La jurisprudencia ha sido muy variable atendiendo a las circunstancias de cada supuesto, así son varias las Sentencias del TS que lo califican de contrato atípico, y mixto. La STS de 22 de mayo de 1974 [RJ 1974, 2097], lo califica como contrato atípico que no encaja en ninguna de las figuras reconocidas en el C.c., con caracteres afines a alguna de las figuras contractuales pero con las que no se identifica. La de STS de 2 de enero de 1976 y la de 18 de noviembre de 1980 [RJ 1976, 22, y RJ 19780, 4140], lo conceptúan como contrato complejo de cesión de solar y entrega de obra. La STS de 24 de octubre de 1983 [RJ 1983, 5340] lo conceptúa como contrato mixto de permuta con prestación subordinada de obra, al igual que las STS de 16 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8837], la de 16 de diciembre 1996 [RJ 1996, 8980], o la de 17 de enero de 2001 [RJ 2001, 1315]

desprotegido, ni fiscalmente son más favorables, por ello mantenemos que es la cesión de cuota, mediante la constitución de una comunidad de promoción la figura que apreciamos más interesante.

IV.- Cesión de solar a cambio de obra

Sin embargo hoy, goza de mayor número de adeptos, y esta autora también comparte⁶³, que la cesión puede servir para englobar mejor las distintas opciones de configuración de esta modalidad negocial.

1.- Modalidad clásica

Dentro la modalidad clásica del negocio de cesión de solar a cambio de obra, podemos encontrar el supuesto más común donde el cesionario se obliga a construir y ceder un número concreto de pisos o locales con ciertas características. Así como otro tipo, donde el cesionario puede prometer una prestación alternativa de modo que deba entregar o una suma de dinero o pisos o locales determinados. Por ejemplo, en el caso de la STS de 10 de septiembre 1996⁶⁴ el cedente tenía derecho a recibir el 21% de la obra o bien del precio de su venta a terceros.

Otros ejemplos los encontramos cuando, el cesionario promete pagar una suma de dinero o bien entregar un porcentaje del 20% de la construcción –caso contemplado en la STS de 30 de noviembre 1990⁶⁵- o cuando, los cedentes pueden escoger entre un precio en metálico o la entrega de diversos departamentos del edificio a construir (SAP Zamora, de 28 de febrero de 1998). El cesionario también puede prometer uno de entre varios pisos a escoger por el cedente.

⁶³ Entendemos que la configuración de cesión, permite englobar el supuesto clásico de cesión de la propiedad de suelo a cambio de obra futura, pero también el de cesión de cuota o porcentaje sobre el suelo, a cambio de un porcentaje en la obra futura; pasando inevitablemente por una comunidad de propietarios.

⁶⁴ STS de 10 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6558)

⁶⁵ STS de 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9219)

En cualquier caso nos encontramos con que uno de los elementos en la permuta es un bien presente, (el solar), el otro/s es un bien de futuro, (los pisos/locales), por cuanto no existe al momento de la celebración del mismo contrato.

2.-Cesión sobre solar a cambio de obra en edificio o solar distinto.

También puede ocurrir que el edificio en el que se integrarán las viviendas o locales objeto de esta permuta no se construya sobre el solar permutado, sino sobre otro, o que dicho solar se una a otros para una actuación integrada. Este es el supuesto de hecho de la STS de 13 de diciembre de 1999⁶⁶, en el que el contrato pendiente de litigio se refería a una cesión de solar a cambio de ciertos locales en edificios que proyectaba construir el cesionario en el solar resultante de la agregación de uno de su propiedad y el cedido por los cedentes, en dicho caso como en la STS de 8 de marzo de 2001⁶⁷, se habla de contrato *do ut des* de cesión de solar a cambio de una obra calificada de cosa futura.

3.- Cesión de derecho de vuelo

También con el llamado derecho de vuelo podemos conseguir resultados semejantes a esta figura, de ahí que sea una opción dentro del negocio de cesión⁶⁸. Tenemos varias posibilidades:

⁶⁶ STS de 13 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9020)

⁶⁷ STS de 8 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2731)

⁶⁸ Señalaba MUÑOZ DE DIOS, GERARDO, en su obra *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Editorial Espasa Calpe, Madrid 1987, pg. 182, Que si ponemos en relación esta modalidad de cesión de vuelo con la agrupación de autopromotores, o la comunidad para construir en sentido genérico, puede concurrir de dos modalidades distintas. La primera será por vía de la extinción del proindiviso, cuando el terreno pertenezca en comunidad a varios titulares, y desean salir del proindiviso, adjudicando a cada uno el derecho de vuelo singular y exclusivo para una o mas plantas sobre o bajo el suelo. La segunda vía, es de manera directa, mas acorde con el supuesto examinado, en esta el dueño del suelo es quien transmite a cada uno individualmente el vuelo para construir la planta o parte de ella, pero en este supuesto ya que este derecho solo puede exigir sobre cosa ajena, el transmitente deberá reservarse alguna parte de este derecho de elevar o la propiedad residual del suelo, sin perjuicio de que en cualquier momento posterior podrá también transmitirlo.

a) El cedente constituye a favor del constructor un derecho de vuelo, para recibir a cambio ciertos pisos o locales que la otra parte va a construir. El derecho de vuelo se constituye, pues, por vía de transmisión. El cedente retiene el derecho de propiedad sobre el solar y transmite al constructor un derecho real de vuelo (por ejemplo, RDGRN de 5 de febrero de 1986⁶⁹), ya sea sobre toda la finca o sobre una parte de la misma.

Esta modalidad es frecuente de observar en supuestos de edificios antiguos, en los que es posible tanto física o materialmente, como urbanísticamente su elevación. Es el supuesto enjuiciado en la STS de 31 de marzo de 1980.⁷⁰

b) El cedente se reserva el derecho de vuelo y cede la propiedad del suelo al constructor. El derecho de vuelo se constituye, pues, por vía de reserva. El adquirente del suelo construye el edificio y luego concreta el derecho del cedente en determinados pisos o locales conforme a lo pactado.

c) El cedente no se reserva ningún derecho sobre el solar y cede su propiedad al constructor. Éste se obliga a constituir un derecho de vuelo una vez haya acabado la obra y a cederlo a la otra parte para que edifique cuantas plantas pueda y quiera. Así, no hay un cambio de propiedades sino de propiedad por derecho de vuelo futuro. La ventaja que obtiene el cedente con este contrato es que puede alzar nuevas construcciones sobre las que ya ha alzado el constructor, hasta donde le permita la situación urbanística de la finca. Sin embargo, el contrato parece poco atractivo para los propietarios de solares, que tendrán que costear la construcción de las nuevas plantas y hacer frente a todos los problemas y molestias que dicha construcción puede acarrear.

Obviamente, en este caso, como señala CORVO LOPEZ⁷¹, la fórmula del contrato de cambio de solar por edificación futura no resulta plenamente satisfactoria, por cuanto provoca un considerable desequilibrio de los intereses en juego. De hecho es el mismo

⁶⁹ STS de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1006)

⁷⁰ STS de 31 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1233)

⁷¹ Vid. CORVO LOPEZ, FELISA M^a: *El derecho de sobreedificación y subedificación, y su integración en el régimen de propiedad horizontal*, Fundación Registral, Madrid, 2010, pg 305

desequilibrio que como ya indicábamos inicialmente se produce en la modalidad clásica de cesión a cambio de obra. El cesionario adquiere una posición ventajosa, pues al adquirir la propiedad de solar comprometiéndose a constituir un derecho de vuelo, hasta que ese día llegue, sí ha adquirido la propiedad del solar, y con ello, una fuente de financiación, sin tener que entregar inmediatamente una contraprestación por dicha adquisición; la contraprestación se retrasa hasta que la construcción esté concluida, y se constituya realmente el derecho de vuelo. Todo ello, deja desamparado al inicial propietario del solar ante determinados problemas que se pueden suscitar, tanto por el no cumplimiento de sus obligaciones por el cesionario (falta de edificación, no constitución del derecho de vuelo, o sin las condiciones pactadas), como preferencias de terceros que adquieren un derecho real antes de la constitución del derecho de vuelo a su favor, o incluso simplemente circunstancias ajenas a la voluntad del cesionario que impiden hacer efectiva la construcción como la falta de licencia o problemas administrativos.

Pero, a la existencia de este desequilibrio hay que sumar, además, el hecho de que todos los esfuerzos realizados para proteger a la parte inicialmente más débil de la relación han resultado infructuosos. En un primer momento, se propuso la incorporación al contrato de una cláusula resolutoria que obligara al constructor a edificar en un determinado plazo de tiempo; sin embargo esta solución no suele adoptarse en la práctica, pues la aparición de una cláusula tal en el contrato supone para la constructora, una dificultad añadida a la hora de encontrar financiación para la realización de la obra, en el caso que la precise. Posteriormente se apostó por reconocerle un poder directo, una titularidad jurídico real, sobre la parte del edificio que formaba la contraprestación.

Bajo esta perspectiva, si se admite la constitución de los derechos de sobre y subedificación sobre fincas sin edificar, puede conseguirse la misma finalidad que persigue el contrato de cambio de solar por edificación futura pero ofreciendo mayor equilibrio entre los intereses concurrentes, es decir, entre el interés del propietario del solar y del constructor. Con esta alternativa, el propietario del solar no perdería la propiedad de la finca, lo que le protege de cara a los problemas que pudieran generarse en la relación, y el constructor adquiriría un derecho real sobre cosa ajena sobre el que, perfectamente podría constituir una hipoteca; por otra parte, la ejecución de la hipoteca

no alteraría la situación del concedente del derecho, dado que quien resultara adjudicatario del derecho de sobreedificación o subedificación estaría obligado a edificar en los mismos términos a que lo estaba quien hipotecó.

Si bien, en opinión de CORVO LOPEZ⁷², la naturaleza de los derechos de sobreedificación y subedificación presupone su constitución sobre un edificio. No obstante, entiende que la misma podría admitirse sobre un solar cuando se den los presupuestos para la constitución de la propiedad horizontal. Así una vez ejercitado el derecho, existirá una pluralidad de titulares, que serán a la vez cotitulares del suelo. Es el caso en que el propietario de un solar concede un derecho de sobreedificación o subedificación sobre el mismo a favor de un tercero que se obliga a entregar, como contraprestación, un número determinado de plantas, pisos, locales, o plazas de garaje. Ejercitado el referido derecho, existirá una pluralidad de propietarios y una cotitularidad sobre el suelo. Ahora bien, aun pudiendo por esta vía excepcional defender la viabilidad de la referida fórmula, a nuestro juicio, el recurso a la misma no permite salvar toda y cada una de las dificultades que suscita el contrato de cambio de solar por edificación futura. Es cierto que se concede así mayor protección la cedente, sin embargo, consideramos que las dificultades que existían al establecer una condición resolutoria para el supuesto de que el cesionario no realizara la construcción en el plazo estipulado, se mantiene aun cuando la relación se articula a través de los derechos de sobreedificación y subedificación, pues este derecho, como derecho real limitado debe tener fijado un plazo de ejercicio, transcurrido el cual, se extingue.

4.- Cesión de derecho de superficie

El derecho de superficie podrá constituirse mediante la cesión del citado derecho con pacto de reversión parcial, o mediante la cesión del suelo con reserva del derecho de superficie.

a) Cesión de derecho de superficie con pacto de reversión parcial. Una modalidad con fin práctico similar a las anteriores, es el contrato en virtud del cual el propietario de

⁷²Vid. CORVO LOPEZ, FELISA MARÍA, *El derecho de sobreedificación y subedificación, y su integración en el régimen de Propiedad Horizontal*, Fundación Registral, Madrid 2010, pg 307

un solar constituye un derecho de superficie a favor de otra persona, a cambio de que ésta edifique y le entregue parte de la obra. De hecho, no hay verdadera entrega porque al final del plazo expresamente pactado la obra revierte al propietario del suelo de forma automática (v.gr. SAT Palma de Mallorca, de 8 de febrero 1988). Lo característico es que las partes pactan que la reversión (también llamada retrocesión) sea parcial, pues solo entonces podrá conseguirse el efecto verdaderamente buscado bajo esta modalidad

Cabe incluso, una cesión mediante la constitución de un derecho de superficie inicialmente a título gratuito. -Así se constituyó por ejemplo a favor de una cooperativa, que se compromete a construir sobre el solar en cuestión VPO y locales comerciales. Durante la existencia del derecho de superficie, la cooperativa se obliga a ceder el uso de las viviendas a sus adjudicatarios y el de los locales al cedente. Expirado el plazo, el cedente adquiere la propiedad de las construcciones sin pagar nada al superficiario. La Dirección General Tributaria considera que a efectos fiscales es una permuta-.

La ventaja es que el cedente conserva la propiedad del suelo mientras el cesionario construye. El cesionario no tiene que pagar un precio por el derecho de superficie que adquiere dado que el cedente ya obtiene su contraprestación en forma de pisos o locales.

73

El contrato se caracteriza porque:

a. Existe un plazo de duración del derecho de superficie, dentro del cual el superficiario debe construir.

⁷³VENTURA –TRAVESET Y GONZALEZ, ANTONIO, señalaba en la obra *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal* Bosch, Barcelona 1963, pg. 51, que la cesión del dominio de un solar para edificar en él, revirtiendo al cedente parte de lo edificado, puede considerarse como “modalidades del ingenio humano al contratar”, y como variedad del derecho de superficie, ya que sus efectos son idénticos, y llevan ambos casos a una propiedad horizontal, ya que tras verificar la cesión, dependerá de que la obra pactada se realice y se exteriorice la entrega de los pisos objeto de la contraprestación a favor del cedente. Es por tanto una modalidad del contrato de superficie, ya si en conclusión tiene que revertir al cedente, parte de lo edificado, y quedar la parte restante en poder del cesionario, y hay además una obligación inherente al contrato mismo de edificar se le puede encuadrar en el derecho de superficie.

b. Las partes suelen fijar el plazo de comienzo de las obras constructivas y el plazo para realizarlas. El anulado art. 16.1 RH prescribía un plazo máximo de cinco años prorrogable.

c. Antes de la reforma del RH de 1998 se admitía que las partes pudieran pactar la llamada reversión de la obra al propietario del solar como pena convencional. El art. 16.1 RH último par. (RD 1867/1998) disponía que no eran inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso. La norma no aclaraba qué entendía por comiso (cfr. arts. 1859 y 1884 CC) pero cabría pensar que excluía la pena descrita. Tampoco era claro si cabía un pacto parecido al llamado pacto marciano, por el que la reversión de la construcción al propietario de la finca —en caso de admitirse la condición resolutoria— no liberase a éste de pagar una compensación al superficiario, estimada según criterios objetivos.

d. Se discute sobre la admisibilidad de la condición resolutoria por incumplimiento. El derecho comparado proporciona ejemplos a favor y en contra (prohibida en derecho alemán; admitida en el art. 1536.2 CC portugués y en la Ley 434 CDCFN). Si la edificación no ha comenzado, la resolución posiblemente no comporte comiso. Anulada esta prohibición, tal vez quepa admitir esta condición.

e. La contraprestación del cedente por la enajenación del derecho de superficie se pacta de forma expresa como una reversión en propiedad horizontal definitiva, libre de cargas, de ciertos pisos o locales del edificio a construir, a la terminación del edificio, al otorgarse la escritura de terminación de la obra y constitución del régimen de propiedad horizontal. Ésta debe ser otorgada por el propietario del solar y el propietario superficiario conjuntamente. Los pisos no revertidos devienen plena propiedad definitiva del constructor. Este punto parece problemático, dado que presupone una reversión parcial que la ley no prevé y podría cuestionarse.

Pese al obstáculo legal, parece que las partes pueden lograr un resultado práctico similar al que pretende la reversión parcial, mediante un simple acuerdo obligatorio que

exija al superficiario la compra de parte de la edificación producida la reversión, lo que el derecho comparado admite.

La adopción de esta modalidad, con las dos grandes ventajas señaladas, requiere, aunque no sea el objeto directo de estudio en este trabajo, profundizar en torno a la debatida cuestión sobre si las normas de la Ley del Suelo tienen carácter imperativo, y por tanto no podrán ser contradichas por la autonomía de la voluntad. No cabe duda de la imperatividad de las mismas en relación con las Entidades públicas, sin embargo las opiniones varían en relación al carácter imperativo o dispositivos de las mismas con respecto a los particulares

En opinión de DE LA IGLESIA MONJE⁷⁴, partiendo de que la legislación del Suelo solo contempla el derecho de superficie constituido por las Entidades Públicas, en modo alguno tales normas serán imperativas para los particulares; quienes conforme el artículo 1255 C.c., pueden constituir el derecho de superficie sin seguir las normas urbanísticas pudiendo establecer, los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral y al orden publico.

Los partidarios de entender imperativa la normativa de la Ley del Suelo, como señala ALONSO PEREZ⁷⁵, dejan al margen los artículos 287.1 y 288.2 del texto refundido del Ley del Suelo de 1992, posteriormente expresamente derogados; pero mantienen la imperatividad del 287.3 y 289.3, normas que como señala la gran parte de la doctrina son poco acertadas y llevan a la escasa aplicación práctica de la figura.

b) Cesión de suelo con reserva de derecho de superficie. Se trata de una modalidad inversa a la anterior. Una parte cede a la otra la propiedad de un solar, pero se reserva el derecho de superficie. Al existir sólo una transmisión, los costes fiscales serán —al menos en teoría— inferiores a los de la cesión.

⁷⁴DE LA IGLESIA MONJE, M^a ISABEL: *El derecho de superficie aspectos civiles y registrales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, 2^a ed., pg.119

⁷⁵ALONSO PEREZ, M^a TERESA: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2000, pg 117 y ss.

Como apunta SERRANO GOMEZ⁷⁶ para evitar el principal inconveniente que puede tener esta modalidad, es decir, la limitación temporal, lo más normal es que el periodo de construcción del edificio sea sensiblemente inferior al plazo de duración máximo del derecho de superficie, y que tras su finalización el titular del derecho de superficie transmitirá la propiedad de parte del edificio al propietario del solar, y éste, al tiempo, transmita al primero la cuota de suelo que corresponde a la propiedad de la parte del edificio que el superficiario se ha reservado.

Aunque no se evitan otros problemas como un posible embargo del derecho de superficie, y su transmisión a un tercero.

La jurisprudencia es abundante en relación a la configuración de esta modalidad, encontrando sentencias desde la STS de 26 de octubre de 1956⁷⁷, o la de 25 de junio de 1993⁷⁸ “...de los antecedentes registrales resulta, pues con toda claridad que don Jordi G., se presume a todos los efectos legales como titular de un derecho de superficie que le confiere la facultad de construir una casa unifamiliar”.

5.- Cesión de opción de compra

La complejidad de la figura provoca algún rechazo y se dice que no constituye una cesión de suelo por obra, precisamente por la existencia de la opción. Sin embargo, el resultado práctico que mediante él se consigue puede ser el mismo en ambos casos si se ejercita la opción. Es más, se ofrece al vendedor la posibilidad de quedarse con el precio inicialmente prometido si el constructor incumple su obligación de edificar.

La opción de compra se puede conceder como complemento a la entrega de las

⁷⁶Vid.: SERRANO GOMEZ, EDUARDO: *El contrato de cambio de solar por edificación futura (Doctrina, jurisprudencia y legislación)*, Madrid 2004

⁷⁷ STS de 26 de octubre de 1956 (RJ 1956 3414)

⁷⁸ STS de 25 de junio de 1993 (RJ 1993, 5324)

viviendas construidas, como en el caso de las SSTs de 28 de febrero 1983⁷⁹ y STS de 31 de marzo 1987⁸⁰, en este caso por el cauce del 1692.1º de la Ley de Enjuiciamiento civil se propone denunciar la posible violación por la inaplicación del artículo 1100 del Código Civil, al entender, según los alegatos que le sirven de desarrollo, que previamente se ha incumplido por los adquirentes al negarse a otorgar la escritura; sin embargo la falta de entrega del cesionario se considera como incumplimiento previo.

Los inconvenientes de este contrato son que la opción no es inscribible porque no existe la finca registral sobre la cual recaer (cfr. art. 14 RH) —la opción no se podría referir a todo el solar porque contradiría lo pactado por las partes— y que aunque se inscribiese, no produciría efecto de cierre registral, STS de 9 de junio de 1990 señala que: “ *la otra razón que se alega en apoyo de esta impugnación fáctica, se funda en la constitución sobre la finca que se dice transmitida al Sr. Carlos Antonio por el contrato combatido, de un derecho real de hipoteca inscrito en el Registro de la Propiedad en 26 de marzo de 1977, hipoteca cuya existencia se hacía constar ya en la cláusula de cesión de fecha 15*

⁷⁹ STS de 28 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1082)

⁸⁰ STS. de 31 de marzo de 1987, (RJ 1846/1987) de la que se extrae: *la sentencia recurrida al condenar al señor Eugenio, por vía de indemnización de perjuicios, a pagar a los actores la cantidad que en trámite de ejecución de sentencia se determinara por la utilización que los referidos actores pudieran haber tenido de las partes del edificio que les correspondían, desde el día 6 de junio de 1978 hasta el de la entrega, no había tenido en cuenta la existencia de un recíproco incumplimiento atribuible a las dos partes contratantes, refiriendo el motivo el de los señores Vicente Patricia a que habían condicionado el otorgamiento de la escritura pública de transmisión del solar al hecho de la entrega de los pisos y locales que les correspondían en el edificio construido sobre el mismo, según lo pactado, concluyendo, textualmente, al hilo de esta argumentación, que el señor Eugenio "dejó de cumplir la mínima parte que podía conservar como garantía de cumplimiento de las obligaciones de la parte contraria, cual era la definitiva entrega de lo que ya había construido, dado que los actores no querían firmar ninguna escritura». El motivo ha de ser desestimado, por cuanto carece de la imprescindible base fáctica que le sirva de apoyo, pues las afirmaciones que se contienen en el noveno Considerando de la sentencia de la Audiencia en el sentido de que el señor Eugenio al no hacer entrega material de los pisos y locales que correspondían a los actores, una vez terminada la construcción del edificio, fue quien primeramente incumplió lo que le incumbía, con arreglo a lo estipulado en el contrato de 10 de diciembre de 1973, como asimismo que dicha entrega era la que podía dar virtualidad a su exigencia de otorgamiento de las escrituras públicas como obligación atribuida por el pacto a los demandantes, no se ha intentado desvirtuarlas por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción o por la del 4.º en la actual, acusando error en la apreciación de la prueba, y fijando por ende, un hecho del que pudiera deducirse que los incumplidores fueron los actores, e incluso por la propia vía del ordinal 1.º elegida, denunciando, con invocación de la preceptiva contenida en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, que la interpretación de las cláusulas del repetido contrato de 10 de diciembre de 1973 verificada por la resolución impugnada no se correspondía con la realidad de lo que expresaban, lo que determina que, en definitiva, haya de estarse a la apreciación que en orden al incumplimiento sienta el pronunciamiento judicial combatido, al ser éste un presupuesto material cuya apreciación corresponde al tribunal sentenciador en la instancia”.*

de enero de 1977 ; siendo en nuestro ordenamiento jurídico el derecho real de hipoteca un derecho de constitución registral que no requiere la posesión material del inmueble gravado sino únicamente la titularidad registral del mismo, su constitución no contradice la transmisión con anterioridad del dominio del bien hipotecado por un acto o contrato que no haya tenido acceso al Registro Inmobiliario, por lo que la existencia de la mencionada hipoteca no desvirtúa lo afirmado por la Sala acerca de la existencia del discutido contrato, ello sin perjuicio de los efectos que contra ese adquirente que no ha accedido al Registro puedan derivarse de la posterior constitución del derecho de hipoteca. Tampoco arguye contra la existencia del contrato la apuntada divergencia de fechas ya que los vicios que pudieran afectar a la repetida cláusula de cesión, carecen de trascendencia a los fines de esta litis; por todo ello, procede desestimar este primer motivo ”. Por ello, y dado que la inscripción de la opción es requisito de su oponibilidad a terceros, parece preferible escoger modalidades contractuales más seguras para el cedente.

Otro caso parecido a la cesión con opción es aquella en que se pacta una promesa bilateral de compraventa mediante la cual el vendedor del solar se obliga a comprar, y el comprador a vender, el edificio resultante de la obra que el comprador promete hacer, como en el caso de la STS de 15 de junio de 1992⁸¹ :*“Con tan confuso motivo parece olvidar el recurrente que todo proceso de tercería de dominio, como el que aquí nos ocupa, requiere inexcusablemente, para su prosperabilidad, que el demandante tercerista pruebe ser propietario del bien que pretende liberar del embargo trabado sobre el mismo, prueba que aquí no se ha producido, como afirman las contestes sentencias de la instancia, pues el referido contrato celebrado entre el Ayuntamiento de Huelva y la entidad mercantil "CEQUISA", aunque se le atribuya la ya dicha calificación que pretende el recurrente (transmisión de solar a cambio de obra futura -res sperata-), no produce más que efectos meramente obligacionales entre las partes, requiriéndose para que el mismo despliegue efectos traslativos del dominio de la obra (o parte de ella) a realizar que, una vez terminada ésta, medie el inexcusable requisito de la entrega o "traditio", conforme exige el artículo 609 del Código Civil que, junto con el 1095 del mismo Cuerpo legal, consagra en nuestro ordenamiento jurídico la llamada teoría del*

⁸¹STS de 15 de junio de 1992, (RJ 5134/1992)

título y el modo, requisito éste de la entrega o "traditio" que, como declaran probado las sentencias de la instancia, no ha existido en el presente caso, por lo que resulta inviable concluir que el Ayuntamiento recurrente haya adquirido la propiedad del inmueble litigioso (Casa de Salud o Socorro) con anterioridad a la traba del embargo sobre el mismo, lo que impide que pueda prosperar la tercería de dominio que ha ejercitado y ha de comportar, en consecuencia, el fenecimiento del motivo examinado, con la consiguiente desestimación del recurso, ello sin perjuicio, como es obvio, de las acciones que al Ayuntamiento de Huelva le correspondan contra CEQUISA como consecuencia del contrato celebrado entre ambas partes”.

Estos supuestos, a nuestro juicio, encubren el verdadero propósito de las partes que es la permuta o la cesión del solar a cambio de la obra futura, de modo que muchos casos deberán ser analizados por si nos encontramos con un problema de simulación, como se tratará en el Capítulo IV.

V.-Otros.

Junto a los supuestos enunciados, las variantes de modelos utilizados en la práctica para conseguir resultados afines, es mucho más extensa, de ahí que sin querer abarcar taxativamente todos los supuestos, se detallan a continuación algunos modelos alternativos a las tres grandes clasificaciones vistas anteriormente, que si bien más que clasificaciones son casos concretos que entendemos conveniente mencionar.

1.-. Cesión de derechos de carácter temporal

Junto a los supuestos de cesión de derechos de carácter indefinido, cabe constituir un derecho de carácter temporal, bien sea derecho real u obligacional. Ejemplo de ello es la cesión de solar a cambio de promesa de usufructo. En ocasiones, el cesionario promete transmitir al cedente un derecho real limitado o limitativo del dominio, por ejemplo un derecho de usufructo sobre la vivienda futura (v.gr. SAP Valladolid, Secc. 1ª, de 29 de marzo de 1993). Esta modalidad contractual se caracteriza por la asimetría de las dos prestaciones, una de entrega de la cosa con finalidad traslativa, y la otra de mera

constitución de un derecho real limitado. Además, el derecho que el cedente obtiene es de duración temporal limitada. Es difícil, a nuestro juicio, ver este modelo repetido, pero solo sería eficaz, cuando el terreno objeto de cesión, en si mismo no tiene gran valor para el cedente, comparado con la obtención de una vivienda al menos durante el tiempo que le resta de vida. En conclusión la valoración del dicho usufructo debe ser equivalente al valor del terreno cedido.

Otro ejemplo lo constituye la cesión de inmueble a cambio de derecho arrendaticio o de renta vitalicia. El propietario de un bien inmueble puede ceder su propiedad a otra persona a cambio de un derecho arrendaticio de otra finca por un número determinado de años. Como en el caso anterior los elementos a permutar deben tener un valor equivalente, para que la figura sea atractiva.

Podría tratarse de una permuta o de una figura que debe tributar como tal. El contrato es próximo al arrendamiento de bienes inmuebles con precio en especie, porque no se da una cosa para recibir otra, sino para recibir el uso y disfrute de otra. Acabado el plazo del arrendamiento, el arrendatario deberá abandonar la finca, lo cual lo convierte quizás en un contrato poco atractivo para el cedente, y de ahí la escasa utilización de esta modalidad en la práctica.

Además, desde el punto de vista civil se puede cuestionar si es posible la permuta sobre el derecho de uso.

Un supuesto parecido es el de cesión de solar a cambio de renta vitalicia, pero como el cesionario no promete realizar una obra sino pagar una suma de dinero, entendemos no se trata de una verdadera cesión de suelo por obra.

2.- Renuncia a derecho arrendaticio a cambio de vivienda a construir.

Se trata de una permuta de un derecho arrendaticio a cambio de la propiedad de una vivienda en el nuevo edificio. En realidad, parece alejarse del esquema de la cesión de solar por obra pues propiamente el arrendatario no cede su derecho, sino que renuncia a

él. Este esquema, solo encaja de *facto* en los casos de arrendamientos de renta antigua, de larga duración, donde la renuncia al mismo si puede tener un valor de tal calibre que sea equivalente a la adjudicación en propiedad de un piso o local en el nuevo edificio, pero obviamente la cesión del derecho, en este caso por vía de renuncia solo encajaría si se produce una cesión completa del edificio o solar a construir.

En relación con este supuesto podemos encontrar la STS de 2 de febrero de 1991⁸², donde el inmueble cedido, tenía una edificación en cuyo local se encontraba vigente un arrendamiento sujeto a la LAU de 1964. La arrendataria de dicho local cede sus derechos a cambio de la entrega en pleno dominio de un local comercial en el futuro edificio.

Del mismo modo se pronuncia la STS de 9 de febrero de 1998⁸³, en cuyo supuesto de hecho se pactaba la autorización para realizar un desalojo de los inquilinos de inmueble, por el tiempo que dure la construcción del nuevo edificio, y se acuerda que concluido el expediente y siendo favorable para autorizar el derribo, se aportaría el solar resultante libre de carga para su posterior construcción en régimen de aportación con la otra parte.

Muy afín a los casos anteriores se halla el derecho de retorno regulado también en la antigua LAU de 1964. Este derecho permite que el arrendatario, cuando en actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias, exigidas por el planeamiento urbanístico, fuera necesario, proceder a la demolición total o a la rehabilitación integral con conservación de fachada o estructura de un edificio, en el que existan viviendas arrendadas sea cual sea la fecha del arrendamiento. De modo que tendrá derecho a que el arrendador de la finca en cuestión, le proporcione una nueva vivienda de superficie no inferior al cincuenta por cien de la anterior, si tiene noventa metros cuadrados o no inferior a la que tenía, si no alcanzaba esta superficie, de características análogas, y ubicada en el mismo solar o en el entorno del edificio que se demolido o rehabilitado.

⁸² STS de 2 de febrero de 1991 (RJ 1991, 699)

⁸³ STS de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998, 611)

Al quedar sin efecto la prórroga forzosa a partir de los arrendamientos celebrados desde el 30 de abril de 1985, no parece que pueda mantenerse para estos arrendamientos tras abril de 1985 el derecho de retorno.

3.- Contrato de obra con pago en especie.

El propietario de un solar puede convenir con un constructor que éste realice una obra y a cambio se quede una parte de la misma. El constructor recibe el encargo de construir sobre el terreno del promotor, o dueño del solar (cedente), y a cambio terminada la obra, el cedente le entrega en contraprestación parte de la obra construida. Es dudoso que haya propiamente cesión de suelo por obra, aunque una opinión lo haya entendido así. Parte de las dificultades se deben a la falta de rigor técnico que caracteriza a la redacción de muchos contratos, que no aclaran si el cedente transmite el solar o si renuncia a parte de la obra.

La razón a nuestro entender, para no asimilar este contrato y otros similares con la cesión de suelo por obra, consiste en que lo que aquí se cede es una obra, no un solar.

Dentro de esta modalidad, ampliamente estudiada por SERRANO CHAMORRO⁸⁴, debemos destacar, que si se pacta por el dueño del solar que se entregará parte de la obra ejecutada, es decir, un número determinado de inmuebles a construir, como dos pisos y dos garajes, por ejemplo; o bien un porcentaje en el edificio futuro, como el veinte por ciento de la obra, a cambio de que la otra parte construya en el solar un edificio, sometiéndose al proyecto y obras convenidos. Nos encontraríamos ante un contrato de arrendamiento de obra: construcción de la edificación, en la modalidad del pago en especie: tantos pisos a construir.

Sin embargo nuestro Código Civil, en su artículo 1588 determina que *puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que, el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material*. Estamos ante

⁸⁴Vid. SERRANO CHAMORRO, M^a EUGENIA: *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Navarra 2002

un supuesto de contrato de ejecución de obra con suministro de materiales el presente contrato de cambio de solar por edificación futura si se incluyese el solar como suministro de material. Material propiamente dicho que no es el terreno o solar en cuestión, pero sí se podría asimilar a los efectos de aportación de medios necesarios para la edificación, ya que sin la base física del asentamiento no tendría cabida el contrato en cuestión.

4.- Cesión de solar a cambio de beneficios en la venta de la obra.

La cesión de solar a cambio de beneficios en la venta de la construcción no es propiamente una cesión de suelo por obra, pues más que de un contrato de intercambio se trata de otro de sociedad. Ésta adopta ocasionalmente la forma de una sociedad anónima, pese a lo cual se ha aplicado entre partes el régimen de la permuta por analogía.

5.- Arrendamiento de solar a cambio de parte de obra.

Bajo esta modalidad podemos encontrar la cesión de un arrendamiento de solar a cambio de parte de la obra. El propietario de un solar lo arrienda a un constructor, quien se obliga a pagar una renta en dinero y entregar cierta parte de la obra (v.gr. STS de 10 de octubre de 1970⁸⁵). No hay cesión de suelo por obra en el sentido estricto.

También cabe acordar una cesión de usufructo a cambio de pisos o locales en el edificio a construir. Ciertamente entendemos que lo que se transmite no es solo el usufructo, sino que se cede el inmueble a cambio de la obligación de construcción en suelo ajeno, y posterior entrega, si bien para disponer entre tanto del solar se acude a la figura del usufructo.⁸⁶

⁸⁵ STS de 10 de octubre de 1970 (RJ 1970, 4369)

⁸⁶ Este es el caso de la SAP Huesca de 18 de febrero de 2014, (TOL 4.186.847) donde la controversia tiene por caso, el contrato de *permuta* de cosa futura firmado por las partes en enero de 2004, en virtud del cual los demandados cedían dos fincas rústicas a cambio de 3.956,70 metros cuadrados de naves industriales que la actora principal, GESTIÓN INMOBILIARIA HUESCA 2000, S.L., quien se comprometía a construir, más la nave situada en la parcela NUM000. La demandante también asumía todos los gastos de promoción, urbanización y edificación de los terrenos, hasta la entrega de las naves pactadas. A partir de ese momento, la nave NUM000 pasó a ser poseída por los demandados en concepto de *usufructo* sin contraprestación. El plazo de entrega de las naves futuras se fijó en el 30 de junio de 2006, si bien fue ampliado en dos ocasiones, hasta el 30 de junio de 2008, según contrato de noviembre de 2005, y

6.- Cesión de solar y dación en pago de parte de la obra.

También se excluye de este estudio el supuesto en que tras haberse cedido el solar, el cesionario satisface algunas deudas que tenía frente al cedente mediante la dación en pago de ciertas viviendas. El resultado práctico de la operación puede ser similar al de la

posteriormente hasta el 30 de diciembre de 2009, a tenor de lo pactado en documento de fecha 18 de junio de 2008.

En un segundo contrato, 2005 GESTIÓN INMOBILIARIA HUESCA 2000 , S.L. se comprometió a pagar mensualmente a la otra parte, a partir del 1 de julio de 2006, "dos euros por metro cuadrado por todos los metros que resten como diferencia entre los 3.956,70 m2 pactados como *permuta* y los contenidos en la nave NUM001 ", lo cual suponían 3.455,72 metros cuadrados, más el IPC.

En junio de 2010, la demandante comunicó a los demandados que el 30 de diciembre de 2009 se había cumplido el término al que estaba sujeto el contrato de *permuta*, por lo que consideraba que había quedado sin efecto y que procedía el reintegro de las prestaciones recíprocas, las que constituyen el objeto de la controversia, en los términos que concretaremos a continuación.

Dado que en caso a estudio se procede a la resolución del contrato a falta de las licencias, se plantea los efectos que de ésta devienen, y señala que, la regla general es que la resolución de las obligaciones tiene efectos retroactivos o *ex tunc* [desde entonces], no *ex nunc* [para el futuro], como se desprende de los preceptos indicados y aclara la jurisprudencia, a fin de colocar a los intervinientes en la misma situación que se hallarían si el contrato no se hubiera celebrado, lo que entraña la obligación de restituir lo que hayan recibido por razón del vínculo obligacional, con excepción de las relaciones duraderas o de duración indefinida, también llamadas de ejecución continuada o de tracto continuo -no único- o sucesivas, con prestaciones agotadas e irreversibles que satisfacen el interés de la contraparte y que es imposible destruir -como los arrendamientos-, de modo que la retroacción de prestaciones o efecto restitutorio afecta a las prestaciones que no son contrapartida o contravalor de las recibidas de la otra mientras estuvo vigente el contrato, según la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2012 (ROJ: STS 6079/2012), de acuerdo con los Principios de Derecho europeo de contratos.

En el presente caso, nuevamente pone de manifiesto la AP que nos encontramos ante un contrato especialmente complejo, con obligaciones diversas, que no encaja fácilmente en las diversas categorías jurisprudenciales estudiadas, y ello dificulta aun mas si cabe la determinación de los efectos resolutorios.

"En primer lugar, la actora asumió el riesgo de la operación sin excepción alguna derivada del contrato, mientras que los ahora apelantes ya habían cumplido con su obligación de entregar las fincas sin tener que cumplir ninguna otra contraprestación -a diferencia de otros supuestos propios del contrato de obra en que el constructor no concluye el edificio proyectado-, e incluso seguían recibiendo prestaciones de la parte contraria (usufructo gratuito de dos naves y dinero por una parte de los metros cuadrados de las naves que debían recibir en el futuro). Por otro lado, las obras no han quedado concluidas, ni por GESTIÓN INMOBILIARIA HUESCA 2000 , S.L. ni por ninguna otra empresa, ni las de promoción y urbanización de los terrenos ni las de edificación de las naves. Así, las fincas rústicas permutadas no quedan en su estado anterior ni en su vuelo se ha construido algo que pueda ser de utilidad directa por parte de los demandados, sino que, tras la explanación efectuada, se encuentran desprovistas de capa vegetal e incluso con riesgo de arrastre de tierra, como resalta el perito de los demandados, Urbano . En suma, la prestación en que se funda el crédito de 239.952,16 euros no satisface el interés de la contraparte, con independencia de que parece que continúa la actividad de la Junta de Compensación, por lo que no hay razones para que surja frente a los demandados ese crédito de 239.952,16 euros que la actora asumió en su momento ante la Junta de Compensación."

cesión de suelo por obra, pero el intercambio del solar por los pisos se produce de modo sobrevenido y la entrega de las viviendas no es contraprestación de la entrega del solar, en el sentido de que el cedente no puede exigir las viviendas sino cuando se ha pactado su dación. Recuérdese la STS de 13 de marzo de 2000⁸⁷

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en la práctica suelen celebrarse contratos de cesión de suelo por obra a los que impropiaamente se les llama dación, o casos de simulación que también serán objeto de análisis.

7.- Sale and lease-back⁸⁸.

Por ultimo, y ello sin perjuicio de que no cabe enumerar, como ya hemos señalado, en una lista cerrada las figuras que en la práctica pueden adoptarse para perseguir fines análogos a la cesión de suelo a cambio de obra, podría también adoptarse esta modalidad contractual que tuvo sus inicios en los años 30 en el Reino Unido. En esencia será una venta con constitución de un alquiler a favor del vendedor sobre el mismo bien.

Se trata en este caso, de una técnica moderna que persigue la obtención de liquidez por parte de empresas o particulares, enajenando activos de su patrimonio, pero manteniendo un derecho de arrendamiento sobre el mismo bien. Permite tener una fuente de ingresos, especialmente relevante en momentos de crisis económica como el actual.

Sin embargo cabría conjugarlo con el modelo de cesión de suelo a cambio de obra, de modo que el adquirente, arrendador en la figura tradicional no entregue un capital en dinero sino que se obligue a llevar a cabo la edificación.

Ciertamente se han producido figuras similares, estamos a caballo entre venta con reserva de opción o derecho de superficie, pero de este manera se podría evitar el obstáculo de la temporalidad.

⁸⁷ STS de 13 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1103)

⁸⁸Vid. Comentario de ILONA HORKUNOVA, “ Sale & LeaseBack” revista *El Derecho*, Grupo Francis Lefebvre”, 1/4/2014

En conclusión, como señalábamos inicialmente, son casi ilimitadas las formulas que pueden adoptarse para conseguir fines análogos a los de la cesión de solar a cambio de obra. Si partimos de los cuatro grandes grupos en los que las hemos sintetizados, podemos observar que con el primero de ellos, la formula de la aportación, encajan mejor los supuestos de hecho en los que son varios los terrenos en los que se va a llevar a efecto la aportación, de ahí que incluso este grupo entronca con los supuestos de comunidad o sociedad, por el fin de llevar cabo una construcción y repartir el resultado de lo obtenido; lógicamente si se configura como aportación el efecto traslativo es evidente desde el inicio y también la obligación de entrega de los elementos construidos pactados, sin fase alguna de liquidación.

En la categoría de contratos mixtos, encontramos un espacio para todos aquellos supuestos, no definidos por las partes ni exactamente de permuta o cesión, ni bajo una forma de asociación, aplicando según el elemento que destaque las normas de la figura con la que guarda analogía, conforme vimos inicialmente.

Personalmente entiendo que la fórmula de cesión de solar a cambio de pisos o locales o de obra futura, bajo el paraguas de la permuta es la mas fiel a la realidad si el contrato no tiene otras connotaciones, y también por ende la mas fácil de articular y de minimizar los litigios ante dificultades de interpretación. Ello no obstante, no podemos olvidar la finalidad que también busca este negocio, de encontrar una manera de llevar a cabo en comunidad una construcción y de conseguir, con la ayuda del gestor de comunidades, una edificación que luego se atribuya en propiedad o régimen de propiedad horizontal, a los primitivos dueños. Desde este punto de vista, la autoaportación, o aportación del suelo por varios propietarios a una comunidad donde la construcción se lleve a cabo de manera conjunta por los interesados, y se atribuya la propiedad de cada piso o local a su respectivo titular en propiedad separada, entiendo que cumple una función social que es muy destacable.

CAPÍTULO III.-REGIMEN LEGISLATIVO. ARTÍCULO 13 RH

I.-Régimen legislativo.

La necesidad de encontrar una regulación unitaria y completa de esta figura, la puso ya de manifiesto el I Simposio sobre Propiedad Horizontal organizado por las Cámaras oficiales de la Propiedad Urbana de la zona de Levante, celebrado en Valencia, en octubre de 1972, al indicar: *“Así ocurre en los cambios de suelo por vuelo, en los que el primitivo dueño del solar, no debe seguir figurando, como aparente constructor y dueño de la totalidad del edificio que se está construyendo, ni, a la inversa, al constructor que adquirió el solar, no debe aparecer tampoco, ni aun transitoriamente como titular pleno de la totalidad del inmueble, sin ninguna limitación ni obligación auténticamente especificada. Por lo que la Comisión sostiene la necesidad de arbitrar formulas simples y eficaces para que el contrato de cambio o permuta de solar por futuros pisos construidos quede fehacientemente reflejado en todas las etapas, garantizando por igual los intereses del primitivo propietario del suelo y los del constructor del edificio, considerando que la constitución entre ambos de una comunidad de autopromotores, es tan solo un remedio parcial que además, no coincide con la realidad, resultando imprescindible la eliminación de los actuales obstáculos administrativos y fiscales que impiden que esta forma de construcción encuentre una formulación jurídica justa, verdadera y completa”*.

La figura adquiere un auge que se vió incrementado durante los años ochenta. Esta realidad práctica lleva especialmente a los registradores a plantear la necesidad de una regulación legal, dados los numerosos problemas que se producen a la hora de inscribir los pactos que se van introduciendo por las partes en los contratos de cesión de suelo a cambio de obra, y que las partes solicitan sus inscripción en el Registro de la Propiedad. Esta inclusión legislativa será la que se lleve a cabo a través de la reforma del Reglamento hipotecario. Sin embargo anticipamos ya, que consideramos que la vía reglamentaria no fue la más apropiada para dar cabida a la inscripción de este negocio y sus clausulas, debió ser la Ley Hipotecaria la que recogiera la regulación de un contrato hasta entonces atípico, y posible inscripción registral, para poder después ser desarrollada por vía del

Reglamento Hipotecario, pero al faltar este reconocimiento en la Ley, el Reglamento hipotecario se extralimita en sus funciones.

Esta reforma del Reglamento Hipotecario que dió cabida por primera vez a la inclusión de la cesión de suelo por obra no se produce hasta la aprobación del RD 1867/1998. Para conocer un poco mejor el proceso de elaboración de la reforma interesa recordar el contenido del Dictamen que el Consejo de Estado emitió en sesión celebrada el día 9 de julio de 1998, con ocasión del llamado proyecto de Real Decreto por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario.⁸⁹

El proyecto se abría con un preámbulo en el que se explicaba la conveniencia de la reforma, sobre la base de dos objetivos prioritarios. Por un lado se aludía a la necesidad de adecuar el Reglamento a diversas normas de reciente aprobación como el citado RD 483/1997. Por el otro, se refería a la necesidad de adaptar el régimen de la profesión a los nuevos requerimientos y necesidades de la sociedad, para lo cual se proponían diversas modificaciones como la del contrato de cesión de suelo por obra. El proyecto iba acompañado de una memoria justificativa de fecha 15 de abril de 1998. La mayor parte de la reforma —decía la memoria— se orienta a aspectos relacionados con la función pública desempeñada por los Registradores, ya que no en vano había sido especialmente propuesta por este cuerpo. A continuación, procedía a analizar cada uno de los artículos en su nueva redacción.

El Dictamen comenzó lamentando la falta de un estudio o presentación del proyecto que expusiese los propósitos unitarios de la reforma, para luego destacar la falta de explicación de algunos aspectos y varios artículos. Más importante aún, el Consejo entendió que la ordenación del contenido de la reforma no atendía al criterio capital que debe inspirar todo proyecto reglamentario que afecte al desarrollo de una Ley, que es la Ley misma que desarrolla. El Dictamen se siente obligado a poner de relieve que el Reglamento Hipotecario deberá respetar el principio de legalidad. Y efectivamente no puede olvidarse que un reglamento requiere tener habilitación legal, y en este caso si bien

⁸⁹Dicho sea de paso, este no será el único artículo del Reglamento Hipotecario modificado en el citado Real Decreto que sin embargo posteriormente ha declarado nulo el TS, véase el artículo 16.2, o el 355.2 del mismo cuerpo legal.

desde luego la tuvo, lo que no podía era abordar materias nuevas, como ocurrió con la cesión de solar a cambio de obra, siendo pues que la Ley Hipotecaria ni tan siquiera menciona la figura. Como indicaba esta Exposición de Motivos la regulación de este contrato respondía a un claro objetivo de la reforma, que era la regulación de figuras contractuales e instituciones carentes de regulación reglamentaria o que estén necesitadas de nueva regulación. Sin embargo esta motivación nos lleva a la discusión administrativista sobre si puede un Reglamento sólo regular aquellas materias reguladas por Ley, a la que desarrollaran y complementarían, o por el contrario, si también puede regular aquellas que no están reguladas por Ley, pero con subordinación del reglamento a la Ley. En esta discusión, la posición dominante parece ser la de autores como el administrativista GARCIA DE ENTERRIA⁹⁰ para quien el reglamento es norma secundaria, inferior y complementaria de la ley, siendo su sumisión a ésta absoluta, de tal manera que sólo en aquellos ámbitos en los que está expresamente permitido por ley es en los que puede producir. Por tanto desde esta posición el Reglamento Hipotecario esta legitimado para regular todo aquello referente a la inscripción, efectos registrales, y desarrollo de cualquier materia que esté contenida en la Ley Hipotecaria, pero no se entendería admisible la regulación de un contrato atípico, con efectos civiles más allá de los meramente registrales; ni tan siquiera con el pretexto aducido por algunos, de regular un tipo de comunidad especial.⁹¹

Los promotores de la reforma, presentaban el Real Decreto pleno de buenos propósitos y cargado de justas razones y en ocasiones se diría que, en su sentir, la Ley estorba o dificulta su realización con anticuadas prescripciones. [...] Pero sin embargo la modificación, como en este caso, de decenas de preceptos reglamentarios demandaba, al menos en algunos puntos, como ya hemos indicado, una habilitación legal previa.

⁹⁰GARCIA DE ENTERRIA Y TOMAS RAMON FERNANDEZ, *Curso de Derecho administrativo* tomo I, Madrid 1997, pg 230

⁹¹ Véase el posicionamiento de RICO MORALES, en su comentario en la revista *Lunes 4.30*, numero 248, diciembre 1998. Donde ofrece como fundamentación la “especial comunidad constituida entre cedente y cesionario”, recogida en el artículo 13 RH, como una comunidad funcional. Esta comunidad a la que esta autora a lo largo del trabajo defiende como mejor fórmula para lograr los objetivos y fines perseguidos con el negocio de cesión de solar a cambio de obra, sin embargo no parece suficiente argumento para que el Reglamento abarque su regulación, sin la habilitación que debió darle previamente una regulación legal.

Los acontecimientos posteriores han confirmado que al Dictamen no le faltaba razón. Después de la crítica de conjunto precedente, el Dictamen procedía a estudiar las reformas propuestas una por una.

II.- Artículo 13 RH⁹²

El artículo 13 reglamentaba la inscripción del contrato atípico de cesión del suelo por obra futura. Atendiendo a las sugerencias de los informes, el artículo manifiesta su carácter dispositivo, de modo que la tipificación de este contrato no implica el cierre del Registro a otros contratos análogos de permuta. Esta característica del precepto salva en parte las objeciones al artículo 13 cuando parece invadir materia o contenido sustantivo, por ejemplo: «Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación».

⁹² Artículo 13 del RH redacción dada tras el RD. 1867/1998, de 4 de septiembre: *En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de diez años.*

Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá por sí solo otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.

Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 31 enero 2001, declara nulo de pleno derecho el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y redacta, entre otros, el artículo 13, párrafos primero, segundo y tercero del Reglamento Hipotecario, precepto radicalmente nulo por ser contrario a la Ley.

El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción. No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Redactado en tales términos, el artículo es ajeno al Registro de la Propiedad y más bien parece una prohibición de disponer, impropia de un Reglamento y mucho más de uno sobre este Registro. Por ello debería redactarse el proyecto en términos tales que revelase la preocupación por los requisitos formales de inscripción y no por los sustantivos de validez del contrato. Esto se extiende también al inciso final del párrafo segundo: “La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente”, toda vez que, aunque se hace referencia a la inscripción, en realidad se prescribe la transmisión sustantiva automática a favor del cedente de esos elementos del inmueble, lo que, además de impertinente en un Reglamento, es contrario al principio básico y tradicional de nuestro ordenamiento, que requiere, para la perfecta transmisión de derechos reales, el concurso no sólo del título, sino también del modo o tradición.

Algunas de estas críticas reaparecen en la decisiva STS (3^a) de 31 de enero de 2001⁹³ donde fundamentalmente se critica al artículo 13 del Reglamento Hipotecario reformado, la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de transmisión de la propiedad contrario al establecido por el artículo 609 del Código civil, mientras que los demandados aseguran que aquél se ampara en la mejor tradición espiritualista de adquirir el dominio, consagrada por el artículo 1462 del Código civil, al mismo tiempo que no hace más que plasmar la libertad de pactos del artículo 1255 del mismo cuerpo legal al permitir que, en virtud de la voluntad de las partes, el negocio se configure con carácter real en los tres primeros apartados del precepto u obligatorio en los dos últimos.

En palabras de la citada sentencia, se señala: *“La contradicción denunciada está en que los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado por esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir.*

A su vez, en los tres primeros párrafos del precepto cuestionado se crean una serie de

⁹³STS. De 31 de enero de 2001, (RJ 2001, 1083)

derechos y obligaciones que exceden del modesto cometido de un Reglamento e invaden la regulación sustantiva de los derechos civiles reservada a una ley formal.

En definitiva, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario con sus tres primeros párrafos altera el régimen legal de adquisición de la propiedad, consagrado por el artículo 609 del Código civil, al convertirlo en disponible por los contratantes a pesar de su naturaleza imperativa y, al mismo tiempo, establece el contenido de los derechos y obligaciones de una singular figura contractual, con lo que se excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no le permite ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos.

Ni el significado de la traditio ficta, recogido en los artículos 1462 y 1463 del Código civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan a éstos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto, y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional, en contra de lo aducido por el Colegio demandado para rescatarla del reproche de ilegalidad, como lo demuestra el párrafo cuarto del propio artículo 13, al contraponer la previsión de los tres primeros a la que en él se contempla, de contenido puramente obligacional, con cabida en el sistema de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código civil, y que, por tanto, no es objeto de censura alguna.

La pretendida finalidad de proteger al cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el modo para la adquisición de la propiedad cuando, además, existen garantías reales para lograr la protección del cedente en los contratos de cesión de suelo por obra de carácter meramente obligacional, como lo demuestra el último apartado del artículo que comentamos, al prever la inscripción de la condición resolutoria u otra garantía real”

Para los recurrentes, la ilegalidad del art. 13 RH derivaba concretamente de haber prescindido de la teoría del título y el modo en los tres primeros párrafos del mismo, teoría que consideraban de derecho imperativo. No basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado por esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir.

A ello se añadía el hecho de que los mismos tres primeros párrafos regulaban ciertos derechos y obligaciones que exceden del cometido de un Reglamento e invaden la regulación sustantiva de los derechos civiles reservada a una ley formal. La sentencia entiende que los tres primeros párrafos del art. 13 RH alteran el régimen legal de adquisición de la propiedad (art. 609 CC), que tiene carácter imperativo, y regula derechos y obligaciones de las partes del contrato, cosas ambas que no puede hacer el RH.

La sentencia, aunque más tarde apuntaremos algunas críticas, merece al menos una valoración global positiva. La doctrina mayoritaria a la que nos sumamos, como ya se ha señalado, entiende que un reglamento no puede regular autónomamente aspectos de derecho sustantivo, como lo es delimitar derechos y obligaciones de las partes contractuales, aunque se invoquen razones de oportunidad o conveniencia de regular una figura contractual atípica. La conveniencia de que el Registro de la Propiedad publique las facultades de disposición del titular del dominio del suelo, en tanto subsista la fase de horizontalidad, ha sido señalada en múltiples ocasiones. Ahora bien, el RH no debe desarrollar una LH supuestamente imperfecta o incompleta, salvo que ésta expresamente le haya requerido para ello, y no es el caso. Desde este punto de vista, el art. 13 RH pretendía establecer un régimen que, por muy dispositivo que se entendiese, prevalecía sobre los regímenes contractuales previstos en el CC.

El propio Dictamen del Consejo de Estado hacía referencia a la imperfecta redacción del texto propuesto. Desafortunadamente, la redacción definitiva presentaba — y presenta aún, en la parte subsistente— algunas deficiencias o imperfecciones que brevemente destacamos.

Hasta ahora, la doctrina ha criticado que el art. 13 RH utilizase términos oscuros como comunidad especial o título de permuta, que ahora han desaparecido de la norma al anularse el párrafo I., ante un negocio carente de regulación debió ser mucho más preciso en terminología.

En primer lugar, la Parte Expositiva del RD 1867/1998 contiene un error, pues cuando afirma: tal regulación se hace con carácter dispositivo [...] (así resulta del último párrafo del artículo 13), debería remitir al penúltimo párrafo del art. 13, ya que solo puede y debe afectar a este último párrafo, que efectivamente tiene naturaleza dispositiva, no al restante.

Era criticable la extensión de los artículos. El precepto no cumplía las recomendaciones de que cada párrafo corresponda a una única frase, de que se numeren los distintos párrafos con cifras arábigas o de que no se incluyan más de tres párrafos en un mismo artículo.

Se le han criticado también defectos de redacción como la nominalización (transmisión por transmitir) en el párrafo I y su longitud excesiva (93 palabras frente a las 20 ó 25 recomendables).

El párrafo II introducía una criticable variación elegante al hablar impropia de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior, aunque el par. I no utilizaba esta expresión sino que hablaba de pisos o locales.

El párrafo III del art. 13 RH utilizaba una negación (el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente) para expresar una idea que podía formularse afirmativamente (el cesionario necesitará el consentimiento del cedente para enajenar o gravar) y con ello favorecer la comprensibilidad de la norma.

En relación con este párrafo, si partimos de que una vez inscrito el contrato, el derecho que se le atribuye al cedente sobre los inmuebles que son la contraprestación del cesionario, adquiere eficacia *erga omnes*. Este efecto no parece encajar perfectamente con la previsión que contiene este párrafo: “salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación”. Obsérvese que si es al cedente al que se le atribuye el derecho sobre los pisos o locales que constituyen la contraprestación, lógicamente sólo

el es quien podría disponer de ellos, sin que pueda hacerlo el cesionario, pese a la prohibición de disponer del precepto.

En todo caso, señala PLANA ARNALDOS⁹⁴ que puede ser una mención útil, puesto que el derecho del cedente sobre los pisos o locales atraviesa dos fases o etapas registrales, en un primer momento donde se hace constar en el Registro la inscripción del dominio del solar a favor del cesionario, y la comunidad (como señalábamos con anterioridad de carácter funcional) entre cedente y cesionario, y un segundo momento tras la inscripción de la propiedad horizontal, donde se inscribirán a favor del cedente los elementos independientes en que consiste la contraprestación. En esta segunda fase, ya no se plantea problema de posible transmisión o gravamen efectuado por el cesionario, pues ya no tiene ningún derecho que le legitime, ni tampoco figura como titular en el Registro, pero sin embargo en el primer momento, pese a que sus actos dispositivos serían atacables, podríamos encontrarnos con la existencia de terceros protegidos que actúen confiando en lo publicado en el Registro y adquieran del cesionario, que es quien en el Registro figura como titular registral. Dudoso sería el carácter de tercero de buena fe, pues la misma comunidad constituida entre cedente y cesionario lo desvirtuaría, no obstante, para evitar posibles dudas, tal prohibición contemplada en el artículo 13 es aconsejable, impidiendo así que puedan existir terceros hipotecarios protegidos.

El párrafo IV contiene un régimen organizativo. Su primera proposición sólo descarta el régimen de los párrafos I, II y III y las proposiciones 2ª y 3ª se refieren a las actividades que corresponden al Registrador de la Propiedad. El inicio del par. no tiene una redacción acertada dado que se aplica a los casos en que, según él mismo dice, este artículo no será aplicable, además el par. IV contiene una repetición: la conjunción o que separa la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero y como meramente obligacional no es de exclusión, sino de inclusión: es indiferente por cual de los dos miembros enlazados por aquélla se opte.

En relación con este párrafo, que deja en vigor la sentencia de 31 de enero de 2001 y según el cual *“El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los*

⁹⁴PLANA ARNALDOS, M^o CARMEN” op. cit “Cesión de solar a cambio de obra futura”, pg 202

contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción”; obviando como decíamos que la remisión al régimen previsto en este artículo evidentemente no puede aplicarse tal cual, tras haber sido anulado justo el párrafo primero, lo bien cierto es que precisamente se quiso excluir que los contratos pudieran tener efectos reales, por tanto puede resultar útil conocer a que supuestos se está haciendo referencia. Resulta en nuestra opinión lógico que se excluyan los supuestos en los que el contrato de cesión expresa la transmisión de derechos de carácter obligacional, sería por ejemplo el caso de una reserva de dominio, o de un poder para construir y enajenar, desde luego no cabrá la aplicación de la norma a aquellos contratos. Para PLANA ARNALDOS esta segunda parte del artículo hace referencia a aquellos supuestos en que se cede la propiedad del solar, al igual que los regulados en la primera parte. Pero también a aquellos en los que se cede un derecho real sobre el solar distinto a la propiedad, como el derecho de vuelo o el de superficie; la diferencia está en la contraprestación a la cesión del solar, que es por tanto la obra futura.

Desde esta perspectiva, parece conveniente destacar a que supuestos se hace pues referencia en este párrafo. Queda por tanto excluida como forma de contraprestación aquella que difiere de lo que sería propiamente la obra futura, como por ejemplo una participación en los beneficios resultantes u otros supuestos societarios. También se incluirán aquí los supuestos en que si bien la contraprestación sí consiste en la transmisión de un derecho real, la determinación realizada sobre el bien no permitirá que recaiga sobre él un derecho real, bien por no estar completamente determinado el inmueble, o por no cumplirse los requisitos anteriores. Igualmente se exceptuarían los supuestos en que se configura la contraprestación como meramente obligacional, piénsese en un derecho de arrendamiento o cesión temporal del uso.

El párrafo V repite algo que ya establece la LH. Por ello se trata de lo que se suele llamar remisión impropia, que resulta innecesaria. Además prevé el supuesto en que se

hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, lo que supone entender la garantía real en un sentido muy amplio, pues la condición resolutoria no atribuye al acreedor un nuevo derecho subjetivo o nuevas facultades.⁹⁵

En la interpretación de este último párrafo del artículo 13 del R. H., destacamos, como señala GARCIA GARCIA⁹⁶, que la posibilidad de la aplicación de la resolución automática por vía extrajudicial resulta problemática salvo acuerdo de los interesados, pues la posible existencia de obras en construcción impide la restitución de las prestaciones pactadas, unido a las dificultades de valoración. Esta problemática tendremos ocasión de estudiarla más tarde, a propósito del incumplimiento del cesionario y de los efectos de la condición resolutoria, Capítulo I Segunda Parte.

En consecuencia, la legislación con la que cuenta esta figura sigue siendo escasa, la pretensión del RD 1867/98 si bien desde un punto de vista clarificador era loable, lo cierto es que debió reformarse y sigue siendo un reto, la misma Ley Hipotecaria, y siendo más necesaria que nunca una regulación unitaria de la figura. Su vinculación con el urbanismo, con la ordenación de la edificación, y con el ámbito civil e hipotecario, hacen imprescindible esta nueva articulación.

De lege ferenda, consideramos que efectivamente el reducido precepto normativo con el que contamos, ni es suficiente en la delimitación de este contrato, ni articula los posibles cauces a través de los cuales esta figura puede constituirse y acceder adecuadamente al Registro de la Propiedad. Por ello entendemos necesaria la formulación

⁹⁵ En relación a la cancelación de la condición resolutoria debemos recodar la reforma llevada a cabo recientemente, por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, cuya entrada en vigor se ha producido el pasado día 1 de noviembre de 2015, en la nueva redacción del artículo 210, y en concreto, en su regla octava, párrafo segundo, al establecer que «*las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía*».

⁹⁶Vid. GARCIA GARCIA, JOSE MANUEL: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Civitas, Navarra, 2009, págs. 451-453

de propuestas de cambio normativo, en las que se acepte globalmente en el ordenamiento jurídico, y muy especialmente los confines marcados por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, con los mecanismos propios para la regulación de un tipo de contrato hasta la fecha atípico, pero a la par pueda perfeccionarse este ordenamiento jurídico, y completar el casi desnaturalizado artículo 13 RH.

Deberemos movernos, para reconocer el acceso al Registro de la Propiedad de este contrato, entre los límites que establece el Reglamento Hipotecario en sus artículos 7 y 9, al desarrollar el artículo 2 de la Ley Hipotecaria.⁹⁷

⁹⁷ Artículo 2 LH: *En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:*

1.º Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

3.º Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.

4.º Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

6.º Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

Artículo 7 RH: Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

Artículo 8 RH: Los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias en que rigen fueros especiales, y producen, respecto a los bienes inmuebles o derechos reales, cualquiera de los efectos indicados en el artículo anterior, estarán también sujetos a inscripción.

Para inscribir dichos actos y contratos se presentarán en el Registro los documentos necesarios, según las disposiciones forales, y, en su caso, los que acrediten haberse empleado los medios que establece la legislación supletoria.

Artículo 9 RH: No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley.

De este modo, proponemos en primer lugar la inclusión en la Ley Hipotecaria de la tipicidad del negocio de cesión de solar a cambio de obra, para terminar admitiendo su inscripción siempre que concurren los requisitos necesarios para que la obra futura pueda ya ser reconocida como finca, y admita la posibilidad de identificación perfecta. Para ello consideramos admisible la inclusión de un nuevo apartado en el artículo 2 de la LH, que reconozca la inscripción de los contratos de cesión de suelo, o parte alícuota de aquel, formando una copropiedad entre cedente y cesionario. La contraprestación del cesionario solo podrá tener acceso al Registro si se establece una garantía real para su efectivo cumplimiento, o se delimitan los pisos o locales, ya proyectados sobre los que se concretará el derecho del cedente.

Entendemos que debe admitirse expresamente la inscripción del piso futuro, cuando conste la *declaración de obra nueva en construcción* en base a proyecto y licencia y la correspondiente constitución de propiedad horizontal con adjudicación de pisos conforme artículo 8.4º L.H.⁹⁸, y 20 Texto Refundido de la Ley del Suelo.

En relación con éste último artículo 20 Texto refundido Ley del Suelo, recordemos

⁹⁸ Artículo 8 LH: *Cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo.*

Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial.

Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número:

1.º El territorio, término redondo o lugar de cada foral en Galicia o Asturias, siempre que reconozcan un solo dueño, directo o varios pro indiviso, aunque esté dividido en suertes o porciones, dadas en dominio útil o foro a diferentes colonos, si su conjunto se halla comprendido dentro de los linderos de dicho término. Se estimará único el señorío directo para los efectos de la inscripción, aunque sean varios los que, a título de señores directos, cobren rentas o pensiones de un foral o lugar, siempre que la tierra aforada no se halle dividida entre ellos por el mismo concepto.

2.º Toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí.

3.º Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezca a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.

4.º Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada. En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados.

Se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad. La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales.

5.º 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.

que después de la reforma llevada a cabo por el RD Ley 8/2011, exige para la inscripción de las escrituras de terminación de obras nuevas ordinarias , además, de la licencia municipal, la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, el seguro decenal, los documentos que sean acreditativos de los siguientes extremos:

- Primero: El cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y
- Segundo: El otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente .

Cuando nos encontramos con *obras nuevas antiguas*, el artículo 20.4 TRLS señala que la constancia registral de las escrituras de declaración de obra nueva terminada, respecto de las que no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, exigirá, además, de la certificación expedida por técnico competente, ayuntamiento, catastro o acta notarial acreditativas de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto y del título, y la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística, los documentos administrativos que acrediten los siguientes extremos:

- Que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.
- La situación de fuera de ordenación en que queda en todo o parte de la construcción o edificación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable.

En conclusión, entendemos necesaria la adecuación del Reglamento Hipotecario a la Ley Hipotecaria, reformando primeramente este cuerpo legal como indicábamos, admitiendo la inscripción del contrato de cesión de suelo o cuota del mismo, y de la

copropiedad que resulta de esta cesión. A nuestro entender esta fórmula, como ya hemos indicado, es la más beneficiosa para el equilibrio de las partes, y la más afín a la realidad práctica. La contraprestación del cesionario sólo será inscribible en el momento en que según la normativa hipotecaria y urbanística se reúnan los requisitos para que los pisos o locales sobre los que recaiga puedan tener acceso al registro. Y ello dejando a salvo las garantías reales, que podrán tener acceso al Registro de la Propiedad sin lugar a dudas.

CAPÍTULO IV.- ELEMENTOS

I.- Introducción

Si bien como ya se ha dicho, son muchas las variantes de negocio que pueden utilizarse para conseguir el intercambio de solar por pisos o locales, ciñéndonos a la cesión de solar a cambio de obra como modelo más común de negocio, y figura que sigue siendo en la práctica la más habitual; este contrato muy cercano a la permuta de inmuebles tiene los elementos propios de todo contrato, es decir elementos personales, elementos reales y elementos formales.

El análisis de los diferentes elementos del contrato de cesión a cambio de obra nos permite delimitar sus peculiaridades, y los problemas más frecuentes recogidos por la jurisprudencia.

Partiendo de los elementos propios de todo contrato, se analizarán a continuación los elementos personales o subjetivos, los elementos objetivos, los formales, y la causa, que como veremos dará lugar a diferentes conceptos. Además incluiremos elementos accidentales como el término, la condición, o pactos más frecuentes, entre los que destacamos la inclusión de una cláusula penal, reserva de dominio o prohibición de disponer.

Los elementos subjetivos, los trataremos en primer lugar. Y en este apartado nos referiremos de modo conjunto, por afectar a todo contratante, al consentimiento y sus posibles vicios, siempre en relación con la cesión de solar a cambio de obra, para más tarde adentrarnos en los requisitos personales exigidos a cedente y cesionario.

II.- Elementos personales. Consentimiento.

Como es sabido el artículo 1261 del Código Civil, exige la concurrencia para la existencia de todo contrato de tres elementos: consentimiento, objeto y causa, a los que debe añadirse la forma externa cuando la ley lo eleva a categoría de presupuesto.

Como señala DIEZ PICAZO⁹⁹, al hablar de consentimiento contractual, deben mantenerse separados tres fenómenos. En primer lugar la voluntad interna de cada contratante, en la que puede el simple querer y el propósito que le lleva a ello al contratante. En segundo lugar la declaración que el contratante emite y en virtud de la cual su voluntad es conocida, tanto por terceros como por el otro contratante, y finalmente lo que se denomina voluntad o intención común, que es aquella zona donde las dos declaraciones de las partes coinciden.

El estudio del consentimiento parte también por analizar si cabría admitir en esta modalidad de contrato la promesa de cesión o permuta. Esta posibilidad no viene recogida en la legislación positiva, pero es sin duda admitida por la doctrina. Así lo reconoce MERINO HERNANDEZ¹⁰⁰ para quien por aplicación normal del precepto regulador de la promesa de compraventa debe admitirse, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 1541 a las disposiciones de la venta. Del mismo modo lo reconoce PLANIOL Y RIPERT¹⁰¹ para el derecho francés, por aplicación del artículo 1707, se entiende admitida la promesa de permuta asimilable a la de venta. También en virtud del artículo 1589, será válida y equivaldrá a una permuta desde que hay acuerdo sobre las cosas permutadas.

Por lo que respecta a la promesa de permuta en el derecho italiano, si bien no existe un precepto como en el ordenamiento francés que identifique la promesa de venta con el efectivo contrato de compraventa, como señala BIANCA¹⁰² debe admitirse la promesa bilateral de permuta, siendo ésta susceptible de ejecución en forma específica.

En nuestro ordenamiento, al contar con la remisión general que efectúa el artículo 1541 a las normas de la compraventa, parece admisible que también pueda aplicarse el

⁹⁹DIEZ PICAZO, LUIS y GULLON BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, novena edición, Tecnos, 2005

¹⁰⁰MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, *El contrato de permuta*, op. cit. pg 93 y ss.

¹⁰¹PLANIOL, MARCEL; y RIPERT, GEORGES *Traité pratique de Droit français*. op. cit.

¹⁰²BIANCA, MASSIMO, *La vendita e la permuta* op. cit.

artículo 1451 regulador de la promesa de venta. En todo caso siendo como unánimemente se reconoce la distinción que ya efectuaba MANRESA entre los diferentes tipos de promesa, especialmente la unilateral y bilateral, compartimos con DE CASTRO¹⁰³ que la promesa unilateral y bilateral de contrato no son dos convenios distintos e independientes, sino mas bien dos fases diferenciadas del verdadero precontrato. Debiendo admitirse tal promesa no solo en los casos de contrato de compraventa sino también en otras muchas modalidades. En todo caso los problemas en la práctica se plantean si siendo promesa bilateral, una de las partes no pudiera cumplir su compromiso.

En tal caso, MERINO HERNANDEZ señala que si una de las partes no pudiera cumplir aquello a lo que se comprometió, la otra lo que podrá exigir es la indemnización de los daños y perjuicios, conforme el párrafo segundo del artículo 1451. Siempre que este incumplimiento se deba a la resistencia injustificada de uno de los contratantes, conforme el párrafo primero, el otro podría exigir judicialmente el cumplimiento efectivo del compromiso, que consistirá en la definitiva celebración del contrato de permuta, con sus efectos propios.

El consentimiento es la raíz del contrato, por ello debe formarse de modo correcto, y cualquier defecto que haya impedido alcanzar ese resultado, debe entenderse por vicio del consentimiento.

Pero el artículo 1265 del Código Civil, realiza una enumeración taxativa de las causas que permiten la impugnación del contrato por vicios del consentimiento; es decir: el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación, o dolo.

A- El error es una representación falsa de la realidad que interviene en el proceso formativo interno, de modo que lo vicia, y por ello opera como presupuesto para la realización del negocio

¹⁰³DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, “La promesa de contrato” en *Anuario de Derecho Civil*, 1950 BOE

Para que el error se considere invalidante debe incidir en un elemento del negocio que sea esencial.

El error no puede ser imputable a quien lo padece, de tal modo que si el que lo padece hubiera podido evitarlo empleando una diligencia normal, no puede ser utilizado para anular el contrato. Por ello el error relevante es el excusable (STS de 27 de mayo de 1982). Pese a ello un error inexcusable podría llevar a la anulabilidad del contrato cuando, en función de las circunstancias concurrentes, fuere reconocido o pudo serlo por la otra parte empleando una diligencia normal.

Por ello, y especialmente dada la influencia del Código Civil italiano art. 1428, la doctrina actual exige como requisito del error que sea reconocible, es decir, que pueda haberlo reconocido la parte que no lo ha sufrido y contra quien se demanda la nulidad.

En todo caso no podemos olvidar que doctrina y jurisprudencia son muy restrictivas, especialmente esta última, en la apreciación del error, y obliga a probarlo a quien lo padeció e invoca.

Para que el error sea invalidante de conformidad con el artículo 1266 C.c. debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Ejemplo claro de error sobre las condiciones que hubieren podido motivar la celebración del contrato sería la condición de edificable del solar. En todo caso estas condiciones o cualidades deben ser las que hayan motivado a los contratantes a celebrar el contrato; de ahí la necesidad como señala la jurisprudencia de investigar el fin que se propusieron alcanzar las partes. (STS de 12 de diciembre de 1988¹⁰⁴).

El error sobre la persona siguiendo el artículo 1266 C.c. solo invalida el contrato si su consideración hubiera sido la causa principal del contrato. Ejemplo de ello sería la confianza de que se está contratando con un cesionario profesional de obra o condiciones propias que le hagan capaz de llevar a cabo la obra.

¹⁰⁴ STS de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9431)

En relación al error de calculo, como ejemplo de ellos son errores numéricos de operación, bien en las dimensiones de la obra, o del terreno, sólo darán lugar a su corrección.

El error sobre los motivos internos no será tomado en consideración con la salvedad antes mencionada de que se hubiera incorporado al contrato.

Si el error recae sobre la existencia de la cosa, cuando no es así, podría reconducirse a la falta de objeto exigida por el artículo 1261 C.c.

El error obstativo, es decir el que entraña una divergencia entre lo deseado o querido y la voluntad manifestada, podrá afectar a la misma declaración de voluntad; pero sin embargo no tiene en nuestro ordenamiento un tratamiento específico, como en Alemania o Italia, donde se aplica el régimen de error vicio. La jurisprudencia da valor a la voluntad declarada, aun cuando haya discrepancia con la interna, si es maliciosa o se hubiera evitado con mayor diligencia, de manera que si el que la recibe pudo conocer el error, no puede protegerse su confianza en ella.

Por último el error debe recaer sobre las circunstancias de hecho del contrato, no sobre la norma pues para que el error de Derecho pueda tenerse en cuenta deben ser las leyes las que lo determinen (STS de 30 de junio de 1993¹⁰⁵).

B.- Violencia e intimidación. Hay violencia, como dice el artículo 1267, cuando se emplea fuerza irresistible para arrancar el consentimiento; e intimidación cuando existe miedo o temor nacido de una amenaza.

Como señala DE CASTRO, la distinción no es relevante cuando la violencia origina un temor jurídicamente relevante. Para que concurra la intimidación se requiere amenaza y creación con ella de un temor a un mal inminente y grave; por tanto si se trata de un peligro incierto, inconcreto, o remoto, no hay verdadera amenaza. Debe ser determinante

¹⁰⁵ STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 5232)

de la declaración de voluntad, y debe estar hecha contra derecho, y el mal anunciado puede dirigirse contra la persona del otro contratante (ejemplo si no le permuta la finca), pero también contra sus bienes o familiares, cónyuge, ascendientes o descendientes.

C.- El dolo. De conformidad con el artículo 1269 C.c. hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosa por parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas, no hubiera hecho. De ahí que la esencia del dolo *in contrahendo* estriba en la insidia que el la que produce el engaño y es causada por la conducta de una de las partes del contrato.

Puede participar un tercero, pero si el contratante tenía conocimiento, respondería también por dolo omisivo. Este dolo omisivo, pese a no mencionarlo directamente el artículo 1269, es relevante, fundamentalmente porque la buena fe impone el deber de informar a la otra parte de la veracidad de las circunstancias que es conocedor, e inducen a la otra parte a contratar.

El artículo 1270 exige, para que el dolo produzca la nulidad del contrato, que sea grave, y no se haya empleado por las dos partes. El dolo incidental, solo obliga a quien lo empleó a indemnizar a la otra parte. La distinción de uno y otro suele hacerse partiendo de la consideración de que el dolo es grave cuando incide sobre la causa del contrato, es decir, sin él no se habría celebrado.

El dolo incidental es el que recae sobre circunstancias de segundo orden o elementos que no han sido determinantes del mismo contrato; sin embargo en ocasiones su distinción es muy difícil, pues forman parte también de la declaración de voluntad de contratar, y es posible que sin estas condiciones (ejemplo edificabilidad, lugar, titularidad), el contratante no lo hubiere celebrado, o no lo hubiera realizado bajo estas condiciones.

Finalmente no es anulable por dolo el contrato en que haya concurrido el *dolus bonus*, es decir las maniobras tendentes a conseguir que se contrate, siendo éstas toleradas por la conciencia social, o usos, como es el ejemplo de la publicidad.

El estudio del consentimiento, lleva inexorablemente a analizar los requisitos y circunstancias que deben concurrir en las partes para la ya mencionada válida prestación del mismo, así analizamos ambos sujetos intervinientes en esta modalidad contractual.

1. Cedente

En el contrato de cesión de suelo por obra intervienen dos partes, a las que el RH llama cedente y cesionario. En la mayoría de las veces el cedente es una persona física, propietaria de un solar, y el cesionario un profesional del sector inmobiliario, lo que suele llamarse en la práctica un promotor o un constructor. De hecho, es difícil hacer una tipología de los sujetos que suelen celebrar una cesión de suelo por obra.

Con carácter general, para la celebración de este contrato, se requerirá para ambas partes la misma capacidad exigida en el Código Civil para celebrar el contrato de compraventa, ya que ambos contratantes deben tener facultad para adquirir y para disponer a título oneroso.

La figura del cedente del solar no plantea grandes problemas. Este contratante debe transmitir su derecho de propiedad sobre el solar, con las especialidades que ya se han analizado en relación a otras formas de constitución, como derecho de vuelo, de sobre o subedificación, derecho de superficie, etc.

El cedente del solar debe responder frente al adquirente incluso por saneamiento o evicción. En este punto la STS de 18 de diciembre de 1990¹⁰⁶ señala que *“los cedentes se limitaron a transmitir a los que sí han sido efectivamente promotores-constructores el solar en que la edificación ha sido construida, generando con ello una específica permuta con prestación subordinada de obra, determinante de un contrato atípico do ut des que en consecuencia no origina en los transmitentes del solar para tal finalidad constructiva con otros, el carácter de promotor-constructor, ni por tanto les alcanza responsabilidad*

¹⁰⁶STS de 18 de diciembre de 1990 (Tirant on line TOL1.729.464)

proveniente del aludido artículo 1591 del Código Civil”.

La obligación de responder del saneamiento por evicción se tratará mas adelante, en el apartado III, capítulo IV, Segunda Parte, pero debe indicarse ahora la necesidad de que el cedente sea titular de la propiedad o derecho sobre el que se pacta la cesión, y que este derecho recaiga sobre un solar edificable.

Cabe también que la posición del cedente se ocupe por varias personas, bien por pertenecer el dominio a varias en copropiedad, o al tratarse de la constitución de un derecho real que requiera la intervención del dueño junto al titular de otro derecho real, como usufructuario por ejemplo.

En cuanto a la capacidad, será requisito indispensable que tenga capacidad para prestar el consentimiento formado libre y conscientemente, así como que el cedente tenga capacidad de obrar y contratar. Podría aplicarse por analogía el artículo 1457 del C.c. de modo que podrán celebrar el contrato todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes. En consecuencia podrá también ser el cedente una persona jurídica.

Por la aplicación de los artículos 1263, 1541 y 1457 del C.c, la exigencia de capacidad para obligarse en ambos contratantes, se convierte en la doble facultad de adquirir y disponer a título oneroso tanto para el dueño del solar como para el cesionario.

No obstante las especiales notas de este negocio, han llevado a la doctrina a plantearse si es aplicable en su plenitud el artículo 1459 del C.c; es decir la validez del contrato sería cuestionable en caso de celebrarse entre personas a las que el Código impone una prohibición legal especial si no son ni promotores ni constructores No obstante dado el doble intercambio de bienes, como señala SERRANO CHAMORRO¹⁰⁷, sería admisible establecer una valoración de éstos que nos lleve a determinar si hay o no equivalencia de las prestaciones, de ahí que para la autora se salvaguarde la aplicación

¹⁰⁷SERRANO CHAMORRO, M^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, op. cit. pág. 206

directa del artículo 1459 C.c..

También GARCIA CANTERO¹⁰⁸ al interpretar el mencionado artículo señala que cualquier tipo de compraventa está vedada por el legislador, pero que esta misma regla no cabe aplicarla sin mas en todos los contratos transmisivos a título oneroso; y entre ellos excluye la dación en pago, la sociedad, y la transacción.

Sin embargo para la mayoría de la doctrina –Castan¹⁰⁹, o Puig Brutau¹¹⁰ entre otros- también regirán a este contrato las prohibiciones de disponer del 1459C.c.

Siguiendo esta línea doctrinal a la que nos sumamos, derivada de la aplicación por remisión de las normas de la permuta, en virtud del artículo 1459, debe observarse, que no podrán permutar, por prohibición legal, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

1. Los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección.

2. Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados.

3. Los albaceas, los bienes confiados a su cargo.

4. Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados.

Esta disposición regirá para los Jueces y peritos que de cualquier modo intervinieren en la venta.

5. Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio fiscal, Secretarios de

¹⁰⁸GARCIA CANTERO, GERARDO, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales “dirigidos por ALBALADEJO Y DIAZ ALABART, *Revista de Derecho Privado* t. XIX, 2ª ed. Madrid 1991, pg 134

¹⁰⁹CASTAN TOBEÑAS, JOSE: *El Derecho Civil español, común y foral*, TIII, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general, 16ª ed., Reus SA; Madrid 1992, revisada y puesta al día por Gerardo García Cantero

¹¹⁰PUIG BRUTAU, JOSE, *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch Barcelona y PUIG PEÑA, FEDERICO “Tratado de Derecho Civil español” Madrid 1946

Tribunales y Juzgados y Oficiales de justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión. Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean.

La prohibición contenida en este número 5.º comprenderá a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio.

La prohibición de los tutores o guardadores, debe ponerse en relación con el artículo 221 C.c que prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Así como adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

La prohibición en relación al mandatario según pone de manifiesto MERINO HERNANDEZ¹¹¹, no solo es aplicable al mandatario o apoderado que pretendiera adquirir por permuta a cambio de bienes propios, los que el mandante le ha confiado vender; sino que admite una doble prohibición, la de adquirir por permuta con bienes propios los que le ha sido encomendada la venta, y también, la de adquirir bienes del mandante cambiándolos por suyos propios, cuando el principal le había ordenado su permuta con otros determinados.

En casi todos los casos contemplados en el artículo 1459 C.c., pese a la protección que con estas prohibiciones se trata de dar a los intereses de ciertas personas, que han depositado la confianza en otras, no parece que exista obstáculo, para que éstos, puedan levantar esta prohibición, y entrar de lleno en la figura de la autocontratación. De hecho el código italiano admite expresamente en el artículo 1395 esta autorización.¹¹² Si debe

¹¹¹MERINO HERNANDEZ JOSE LUIS, *El contrato de permuta* Tecnos, Madrid 1978, pg. 146 y ss.

¹¹²Art. 1395 Código italiano: *E' annullabile (1471 e seguenti) il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la*

indicarse que la admisión se efectúa siempre que concurren ciertos requisitos. Estos requisitos son coincidentes en esencia con lo que ya se establecía en el Digesto, para evitar el conflicto en que el tutor se puede ver implicado, si estuviera tentado a adquirir el bien a un precio más bajo. Son tres las excepciones que se permitían. En primer lugar, cuando el tutor compraba de un cotutor, en el caso de que lo hubiese; en segundo lugar, cuando lo hacía del acreedor pignoraticio; y en tercero, cuando la compra se efectuaba en pública subasta.

Centrando el problema en la permuta y el mandatario, ROCA SASTRE¹¹³ ya admitía la autocontratación, cuando el mandante encomienda a su representante la permuta de ciertos bienes por otros que tengan determinadas características objetivas, con independencia de la persona de su propietario. Esta posición es muy semejante a la señalada por el código italiano, donde se exceptúa de la prohibición además del caso de autorización expresa del mandante, el caso en el que el contenido de la compraventa (y/o permuta) haya sido determinado previamente por el mandante, de tal manera que se excluya cualquier posible conflicto de intereses.

El Código civil francés también prohíbe en el artículo 1596, la venta y por consiguiente la permuta de los bienes que se le ha confiado vender al mandatario.

En relación a los albaceas si bien su ámbito es bastante parecido al del mandatario, podría decirse que se trata de un mandatario designado por el testador, debe tenerse en cuenta que la prohibición se ve limitada a los bienes confiados a su cargo, por tanto si no es albacea universal, no podrá extenderse a aquellos sobre los que no deba actuar como tal albacea. Así mismo el albacea junto a los bienes que por el testador se le ha podido conferir su venta, tiene la facultad de realización de los bienes de la herencia, y esta realización, que tiene como fin obtener el metálico suficiente para pagar legados, gastos de funeral, etc., no parece compatible con una posible permuta de estos bienes.

possibilità di conflitto d'interessi (1735). L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato (1471).

¹¹³ ROCA SASTRE RAMON MARIA, *Estudios de Derecho Privado, I Obligaciones y Contratos*, Madrid 1948, pg 147. El problema de la autocontratación ha sido tratado por la doctrina francesa quien niega mayoritariamente esta posibilidad, así se posicionan Timmermans y Laurent

En todo caso, si se han conferido amplísimas facultades al albacea, encomendándole la administración y ejecución de bienes del testador, cabría incluso autorizar la autocontratación, y con ello la permuta.

Cuando intervienen menores sujetos a patria potestad, o incapaces sujetos a tutela, además del requisito de causa justificada de utilidad, y la audiencia del Ministerio Fiscal, se requiere autorización judicial, que necesariamente debe darse para el negocio de solar a cambio de obra. Tratándose de menor emancipado será necesario el consentimiento de los padres o curador, por tratarse de un negocio que implica enajenación de bienes inmuebles.

Tratándose de cedente persona casada bajo el régimen de gananciales debe recordarse el juego de la accesión derivado del artículo 1359 C.c.¹¹⁴, que considera ganancial lo edificado en suelo ganancial y privativo lo hecho en suelo privativo, sin perjuicio del derecho de reembolso de lo invertido; abandonado el juego anterior al artículo 1981 C.c. de accesión invertida. Consecuentemente el inmueble adquirido a cambio del solar cedido seguirá la misma suerte o naturaleza que tuviere el solar, si era ganancial o privativo mantendrá este carácter. Cosa distinta se producirá cuando no exista una equivalencia de valor, y se proceda a entregar parte del valor en dinero, deberemos analizar la naturaleza del intercambio para la determinación del carácter privativo o ganancial.

La aplicación de este artículo a la cesión de solar a cambio de obra lleva a la conclusión de que los pisos tendrán la misma naturaleza que tuviere el suelo que se ha cedido, y existirá derecho de reembolso siempre y cuando se haya producido un desequilibrio entre masas patrimoniales, si no hay monto o inversión efectuada junto a la

¹¹⁴art. 1359 C.c. “ *Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.*

No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado”

aportación del solar no debe haber reembolso.

Por tanto como señalábamos, sí cabe plantearse, la posible aplicación del 1359.2 C.c., cuando se ha producido una mejora con el bien que se recibe, pero es extremadamente difícil calibrar las consecuencias de dicho aumento de valor.

En conclusión como señala la Resolución de 14 de abril de 1989¹¹⁵ el artículo 1359 C.c. atribuye a las edificaciones construidas constante el matrimonio el mismo carácter del terreno en que se levanten, y la Resolución de 10 de marzo de 1989¹¹⁶ permite al tiempo la inscripción de la conversión de un bien privativo en ganancial, realizada a consecuencia de una edificación y adjudicación posterior, autorizada bajo la libertad de contratación del artículo 1323 C.c.

En lo que se refiere a la aplicación del concepto de promotor a las partes de la cesión de suelo por obra, hay que tener en cuenta que la LOE define dicho concepto (art. 9.1) a efectos de delimitar cuáles son sus obligaciones legales (art. 9.2). La Ley mantiene una concepción amplia del promotor, pues considera que lo es tanto el que impulsa, programa y financia las obras de edificación para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros, como aquel otro que lo hace para sí (art. 9.1 in fine). En una primera aproximación al tema, parece que el cedente tendría que considerarse promotor, puesto que impulsa una construcción para sí mismo. Esto tiene consecuencias jurídicas muy importantes. Al incluirlo en la categoría de los llamados agentes que intervienen en el proceso de la edificación, podría estar sujeto a la responsabilidad civil que regula el art. 17 LOE. Ahora bien, resulta cuando menos discutible que el cedente haga algo en lo que es propiamente el proceso de la edificación. Así, es digna de mencionar la STS de 18 de diciembre de 1990¹¹⁷, que viene a determinar que siendo los cesionarios los únicos ejecutores del inmueble y promotores, el cedente se limitó exclusivamente en su intervención a celebrar un contrato de permuta de solar a cambio de local y vivienda,

¹¹⁵Resolución de 14 de abril de 1989 (RJ 1989, 3403)

¹¹⁶Resolución de 10 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2468)

¹¹⁷ STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10286)

donde solo aportaba el solar, sin que pueda tener responsabilidad con base en el artículo 1591 C.c.. Así el TS señala que *“en consecuencia no origina en los transmitentes del solar, a tal finalidad constructiva con otros, el carácter de promotor-constructor, ni por tanto les alcanza la responsabilidad proveniente del aludido artículo 1519 del Código Civil.”*

La doctrina, en particular autores como GARCÍA MACHO o MOLTO GARCIA¹¹⁸ han tratado de reducir el alcance de la norma al considerar, o bien que promotor para uso propio de la LOE lo son sólo los promotores colectivos o agrupados en forma de cooperativas de viviendas o comunidades de propietarios, o bien que subsiste la jurisprudencia sobre el art. 1591 CC. Pero en realidad, existen muchas razones para hacer una interpretación correctora de la Ley que permita excluir del concepto de promotor al cedente de suelo por obra.

Aunque también es cierto, que tampoco parece admisible afirmar que el cedente nunca será promotor, sino que es preciso valorar cual fue su participación en el proceso constructivo o de promoción de la obra en cada caso concreto. Analizando si participó en la toma de decisiones de carácter constructivo, o delegó todas las facultades en el cesionario. Si bien salvo que así conste claramente su voluntad, en las cláusulas pactadas, o cuando se configure el contrato como una verdadera sociedad o incluso comunidad, la relación entre cedente y cesionario, el cedente no se considerará promotor a los efectos señalados.

Tal vez sea útil el pacto que utilizaron las partes de la cesión de suelo por obra en el caso de la STS de 19 de abril 1993¹¹⁹ en virtud del cual el cesionario se comprometía

¹¹⁸GARCIA MACHO, RICARDO: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, régimen jurídico y técnico*, Madrid 2000. MOLTO GARCIA, JOSE IGNACIO: *Los agentes de la edificación*. Editorial Montecorvo, Madrid 2000

¹¹⁹STS. De 14 de abril de 1993, (RJ 1993, 3098) (Tirant on line TOL1.656.259) Se trató de un supuesto donde Don Gustavo demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Rodrigo, alegando que había celebrado con él un contrato privado de permuta de una parcela de terreno para edificar, a cambio de la cual recibiría la NUM000 y el piso NUM001 del edificio que el demandado tenía propósito de edificar en la parcela; acordando expresamente que todos los gastos de la construcción serían a cargo del demandado, así como los impuestos y créditos que por dicha construcción se girasen aunque estuviesen a nombre del actor; que el mismo figuraría como promotor de la obra a todos los efectos, aunque otorgaría

a figurar como promotor de la obra a todos los efectos, lo que si bien no liberará al cedente frente a terceros, puede permitirle dirigirse luego internamente contra aquél. En el recurso de casación, el motivo segundo, al amparo del art. 1.692.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción de los arts. 1.101 y 1.538 del Código Civil, *“puesto que el actor recurrido incumplió su obligación de aportar el solar correspondiente para realizar la cuarta fase de la edificación, lo que da lugar a indemnización a su cargo.*

El motivo se desestima necesariamente al no haber combatido previamente el resultado probatorio que recoge la sentencia de primera instancia, aceptado por la Audiencia, según el cual no existió la obligación del Sr. Gustavo que dice el recurrente.

Tercero: El motivo tercero, al amparo del art. 1.692.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción del art. 1.282 en relación con el art. 7.º del Código Civil. En su más que confusa justificación, el recurrente sostiene que ha cumplido todos los pactos que suscribió con el actor.

El motivo parece obligadamente por el mismo defecto anterior: no haber combatido previamente el resultado probatorio según la sentencia de primera instancia, aceptado por la Audiencia, del que resulta el incumplimiento de las obligaciones que asumió el recurrente frente al recurrido.

En la práctica se ha sostenido un concepto de promotor basado en que éste planea y lleva a cabo la construcción en un solar generalmente de su propiedad para enajenarlo o arrendarlo; que realiza profesionalmente una actividad empresarial; que elige y contrata

un poder en favor del demandado para actuar en todo lo relativo a la edificación y venta posterior de lo construido, aunque el precio conseguido fuese para el Sr. Rodríguez Rozas. Pero una vez acabada la construcción empezaron los verdaderos problemas para el actor como consecuencia de la actuación del demandado, pues se vio obligado a satisfacer por las causas que aducía diversas cantidades ascendentes a 4.462.130 ptas., cuyo pago reclamaba más sus intereses, así como el importe de un préstamo de 1.780.000 ptas., que se concedió al demandado, más sus intereses, con condena en costas del mismo. A lo que el demandado se oponía y formalizó su reconvencción, en la que solicitaba se declarase la obligación del actor reconvenido de abonarle las cantidades que resulten de la prueba, o en ejecución de sentencia, por razón de haberse realizado obras y gastos a fin de llevar a cabo la cuarta y última fase de la construcción proyectada en su día sobre terrenos del Sr. Gustavo, habiéndose efectuado las tres primeras y tal fase no llegó a materializarse por la oposición del actor y reconvenido, pues se habían originado los gastos que reclamaba. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, con los intereses desde la fecha de interposición de la demanda, y desestimó íntegramente la reconvencción, imponiendo al demandado las costas de la misma y las de la demanda, sentencia que fue íntegramente confirmada en grado de apelación por la Audiencia.

a los técnicos y operadores y que se encuentra en una situación idónea para conocer el estado de la obra, y en definitiva que es un garante para los adquirentes de las viviendas que confían en su prestigio comercial. Por todo ello, se afirma una analogía entre el promotor y el constructor.

No parece que el cedente de suelo para obra cuadre con estos parámetros. El cedente no aparece ante los adquirentes de las viviendas como un profesional, dado que es el cesionario quien contrata con ellos. El cedente no compromete su prestigio ni ofrece garantía de ningún tipo a los mismos. A él no le interesa cómo se hagan los pisos, sino que se hagan y que se le entreguen. Se desentiende del proceso de edificación, ni lo dirige, ni tiene ningún tipo de control sobre él. Además, no se encuentra en la mejor posición para conocer el estado y detalles de la obra y asegurar mejor posibles responsabilidades derivadas de una ejecución defectuosa de la obra, como sí lo está un verdadero promotor.

Por otro lado la posición de cedente puede ser también ocupada por una entidad o Administración Pública.

Según la propia naturaleza del contrato, donde existe una enajenación de bien inmueble, y tal y como proclama de ley de Contratos del Sector Público, nos encontramos, no con un contrato público de obras, sino un contrato atípico privado. Obviamente deberá tratarse de bienes patrimoniales y no aquellos que por su naturaleza están fuera de comercio por ser de dominio público.

Pero debe observarse que la naturaleza de permuta exige que la propiedad pública se ceda actualmente a cambio de propiedad futura. Si la propiedad del solar se retiene por la Administración, y posteriormente, cuando el contratista entrega la obra, paga en especie, entonces no hay permuta, sino contrato de obra con pago en especie (dación en pago convenida con anticipación). Así fue calificada en la RDGRN 9 de septiembre de 2000,¹²⁰ que declaró su no inscripción, por vulnerar la regulación de la contratación administrativa al entregar la propiedad de bienes públicos por un procedimiento distinto del de subasta o concurso, tal y como exige la ley de Patrimonio de las Administraciones

¹²⁰ Resolución de 9 de septiembre de 2000 (BOE de 10 de noviembre de 2000)

Públicas.

Incluso en su fórmula mas purista, la operación es dudosa. Ello fundamentalmente por la dificultad que de inicio se plantea de llevar a cabo una correcta valoración de las contraprestaciones. De hecho, aun acudiendo a la ficción de entrega de un bien presente a cargo del cedente, siendo éste una Administración Pública, se obliga al constructor a pre-financiar la totalidad de la obra, lo que elimina otros posibles competidores que no dispongan de la robustez financiera que le permita retrasar de esta manera los cobros. Por tanto, y para intentar “superar” estas operaciones será necesario en primer lugar, que la Administración entregue y transmita actualmente el derecho de propiedad, y no como pago de un precio de obra; y, en segundo lugar, que el cesionario sea titular de un activo que permutar, presente o futuro, y no un simple contratista que va a ser retribuido por su actividad.

La situación como es obvio varía completamente cuando es el particular el que como cedente entrega actualmente a la Administración fincas o solares de su propiedad a cambio de fincas edificables, en desarrollo de un plan de sectorización y en un plazo de cinco años. Para este supuesto, la RDGRN de 15 de enero de 2007¹²¹ no ha encontrado ninguna objeción a su inscripción, pues es claro que el particular no está desarrollando una obra.

A decir de SANCHEZ MORETON¹²², algunas normas autonómicas, admiten expresamente la permuta de un bien inmueble propiedad de la Corporación por un bien futuro cuyo dominio deberá transferir el particular, en un plazo determinado, y siempre que este bien sea determinado o susceptible de determinación, sin necesidad de nuevo convenio entre las partes, y se presuma que dicho bien va a existir.

Este reconocimiento deviene de los artículos 132.1 y 153 “in fine” de la LPAP, (en este caso de carácter supletorio), al establecer el primero que la enajenación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado (Entidades Locales), podrá efectuarse en

¹²¹ Resolución de 15 de enero de 2007 (BOE 29 de enero de 2007)

¹²² SANCHEZ MORETON, FRANCISCO, “Documentación sobre la enajenación etc. de los bienes patrimoniales de las entidades locales”
www.lasalina.es/atm/bienes/estudios%20sobre%20bienes/Documentacionlaenajenaciondebienesdelas

virtud de cualquier negocio jurídico traslativo, típico o atípico de carácter oneroso, manifestando ya el segundo con total nitidez que *“La permuta podrá tener por objeto edificios a construir”*. Modalidad de permuta de bienes inmuebles permitida en todo caso de manera genérica por el artículo 1271 del Código Civil, (con aplicación supletoria por remisión del Derecho Privado)

Y es también reconocido por la jurisprudencia, así la STS de 16 de julio de 2001¹²³, al establecer con toda claridad para el supuesto de un contrato autorizado por un Ayuntamiento de permuta de unas parcelas del patrimonio municipal por la construcción que debía de realizar la contraparte de viviendas de promoción pública, que *“el contrato autorizado por el Ayuntamiento de... constituye una permuta de cosa presente (la parcela de propiedad municipal), por cosa futura (las... viviendas de promoción pública que han de construirse sobre dicha parcela). El artículo 1538 del Código Civil dispone que la permuta es un contrato para el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra. El artículo 1271 de dicho texto legal previene que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras. En consecuencia la entrega de un solar a cambio de la entrega de viviendas a construir sobre dicho solar tiene la condición de contrato de permuta, en que las viviendas a construir sobre el solar constituyen una cosa futura pero perfectamente cierta y determinada. El objeto de la contraprestación no es una obra, sino las viviendas que el otro permutante se obliga a entregar al Ayuntamiento. El Tribunal Supremo ha calificado en alguna ocasión este contrato como permuta... y la Sentencia de esta Sala Tercera de 12 de febrero de 2001 (RJ 2001,5098),... acepta tal condición con relación a la entrega de una parcela de propiedad municipal a cambio de 1.686 m2 de locales a construir en otra parcela del mismo polígono de propiedad particular”*

Ello no obstante, bajo opinión de SANCHEZ MORETON, la permuta de solar a cambio de obra futura, es decir el cambio de un bien municipal por obras a realizar, no cabría legalmente, debido a que *encubre las prestaciones propias de dos contratos: el primero patrimonial (compraventa), y el segundo administrativo nominado (de obras). Y al resultar los regímenes jurídicos por los que han de regirse estos contratos de carácter distinto, hará imposible la celebración de un contrato que tenga como objeto la venta de*

¹²³ STS de 16 de julio de 2001 (RJ 2001/7757)

bienes patrimoniales y la ejecución de obra (que, por otra parte, según indica el artículo 75.1 de la LCSP, nunca podría ser pagada en especie, salvo que esta u otras leyes lo permitan), como así pone de manifiesto el Informe 43/1999, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, “por la dificultad de unificar el régimen jurídico de un contrato privado y de un contrato administrativo típico”.

2.- El Cesionario

El adquirente del solar, se obliga a la entrega de la obra futura, de los pisos o locales pactados a construir normalmente sobre el suelo cedido, si bien cabe configurarlo de otras formas.

En relación a los requisitos de capacidad, al igual que el cedente debe tener capacidad de obrar, contratar, y de disponer pues como sabemos se trata de intercambio de bienes, si bien en el caso del cedente previamente debe llevar a cabo la construcción por sí o por terceros.

El cesionario puede encargarse sólo de la promoción, dejando en manos de otras personas contratadas por él, la construcción de la obra, o puede asumir ambas posiciones de constructor y promotor. No obstante tanto en una modalidad como en la otra asume los efectos de la responsabilidad derivada de esta construcción y en particular de la responsabilidad decenal ex artículo 1591 C.c.

En función de la naturaleza de la obligación que asume el cesionario, de la que más tarde se tratará, podremos admitir la aplicación del artículo 1595 C.c.. Si se entiende, como hace BATISTA MONTERO-RIOS¹²⁴, que la obligación del constructor es una obligación de resultado, y al tiempo las partes hubieren establecido por pacto expreso en el clausulado del contrato, que ésta obligación fuera personalísima, entrará en juego el mencionado precepto, al determinar que cuando se encarga una obra a cierta persona por razón de sus cualidades personales, se rescinde el contrato por causa de su muerte.

¹²⁴ MONTERO-RIOS, JOSE, “Comunidad para edificar”, *RDP* 1969, pg 103

La figura del cesionario desde la práctica más habitual se ocupa por empresario persona física o jurídica, que se obliga a un doble requerimiento: hacer y dar; de modo que como tal proveedor de bienes frente al adquirente, en este caso consumidor se aplicara la legislación de protección al consumidor, con todas las implicaciones que de ella se derivan y de las se tratará con posterioridad.

Como señala PLANA ARNALDOS¹²⁵ los sucesivos o posteriores adquirentes de pisos o locales estarán también legitimados activamente para ejercitar la acción de cumplimiento del contrato de obra, incluso aun siendo terceros. Y ello por cuanto la aplicación del artículo 1591 (en este caso respecto al cesionario) se dará no solo en caso de arrendamiento de obra sino también de compraventa y por consecuencia de ello, a la cesión de solar a cambio de obra. Lógicamente no es aplicable al vendedor en caso de un piso ya construido, pero sí al cesionario, cuyas obligaciones son ejecutar la obra y entregar los pisos o locales pactados al cedente

3.-Intervención de otras personas en el contrato

Como decíamos, no es imprescindible que el cesionario sea lo que usualmente se conoce como un promotor-constructor, ni que realice la obra personalmente, a menos que la prestación se configure como personalísima —lo cual será cuestión de interpretación del contrato-. En realidad, puede concederse al cesionario la facultad de elegir una sociedad constructora o construir él mismo (art. 3.6. LCCF; caso de STS de 22 de mayo de 1974¹²⁶), o puede pactarse que el cedente transmita el solar a la persona que indique el cesionario, lo que permite la mediación inmobiliaria (contrato para persona que se designará; STS de 5 de mayo de 1997¹²⁷).

¹²⁵PLANA ARNALDOS, M^a CARMEN, *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons; Madrid 2002, pg 245

¹²⁶ STS de 22 de mayo de 1974 (RJ 1974, 2097)

¹²⁷ STS de 5 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3671)

Este supuesto, conlleva especiales consecuencias pues podría implicar un cambio en la parte deudora (cesionario). Si se le ha concedido la facultad expuesta, es decir, si se ha pactado, que el cesionario pudiera ser sustituido por otra persona, o pueda un tercero subrogarse en su lugar, el cedente no podrá rechazar la obra realizada por un tercero por este simple motivo de ser persona distinta y haberlo elegido el cesionario.

Las cosas son distintas, sin embargo, cuando más allá de la elección de un tercero constructor se produce una verdadera alteración subjetiva de la relación obligatoria porque en el lugar del primitivo cesionario ingresa una nueva persona. Como ha señalado la STS de 9 de marzo de 2000¹²⁸ en aplicación de las reglas generales (art. 1205 CC), el tercero no se subroga en la posición deudora si el cedente no ha consentido el cambio.

Dejando a un lado estos problemas, que tienen relación con el cambio de una de las partes contractuales, la cesión puede tener una estructura trilateral cuando en el contrato intervienen tres partes contractuales. Sólo en este supuesto parece existir verdadera trilateralidad, y no en aquél en que una permuta se realiza pensando en otra posterior con un tercero.

Lo característico de las cesiones y de las permutas multilaterales es que intervienen más de dos partes contractuales entre las que se dividen los papeles o roles que generalmente corresponderían a una sola parte.

Esto es distinto del caso en que existe un pacto por el que los pisos o locales ya construidos se han de entregar no al cedente del solar, sino a un tercero designado en el propio contrato o que, por haberse reservado esta facultad en el mismo, el cedente pueda designar.

También es distinto el supuesto en que la actuación de un tercero provoque que no acabe construyéndose en el solar primeramente determinado sino en otro distinto.

¹²⁸ STS de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1349)

III.- Objeto

1. Planteamiento general

Como requisitos esenciales que debe reunir el objeto del contrato atendiendo a nuestro Código Civil se encuentran la necesidad en todo caso de que el objeto sea: posible, lícito y determinado o determinable.

Como contrato de intercambio, la cesión de suelo por obra se caracteriza por tener un doble objeto, entendido éste como materia de la realidad sobre la que el contrato recae. Por un lado, el art. 13 RH hace referencia a las cesiones de suelo, y por el otro, a la transmisión de pisos o locales del edificio a construir.

Se observa cómo el precepto prefería hablar de prestaciones a hacerlo de objetos. Desde un punto de vista abstracto o conceptual, cabría puntualizar que lo que realmente constituye el objeto del contrato no es el suelo ni los pisos, sino los derechos que recaen sobre los mismos, y en el caso del cesionario, la prestación de hacer que precede a la de entregar el resultado.

En primer lugar el objeto debe ser real o posible. Desde una perspectiva dogmática, el contrato recae sobre una cosa futura, aunque su objeto es presente (arg. art. 1261 CC). En contra, desde una corriente de autores principalmente italianos, iniciada por DE MARSICO ¹²⁹ se entiende que la cesión de suelo por obra es un negocio temporalmente sin objeto. Se afirma que se trata de un negocio con consentimiento anticipado, porque existe consentimiento contractual pero no un objeto. En esta línea siguiendo el testigo de De Marsico, encontramos la tesis de RUBINO ¹³⁰, quien afirma que el derecho objeto de la venta no existe, pero se espera que nazca pronto, lo que permite que pueda estipularse anticipadamente el contrato en vista del futuro nacimiento del derecho. En el plano

¹²⁹DE MARSICO, ALFREDO: *La compravendita di cosa futura*. Fil. 1911, pg 351

¹³⁰RUBINO, DOMENICO: *La compravendita, Trattato di Diritto Civile e Commerciali*. Milano 1952, pg 178

teórico, ello supondría admitir un consentimiento que recaer sobre un vacío, lo que es imposible de mantener en nuestro ordenamiento jurídico, según ha señalado ROVIRA JAEN¹³¹. En opinión de este autor la venta de cosa futura es una venta con objeto, se trata de un bien que puede llegarse a determinar sin necesidad de un nuevo convenio entre partes. La compraventa esta perfecta desde el momento mismo en que las partes convienen en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni uno ni otro se hubieran entregado, con la particularidad de la falta de existencia actual de la cosa.

Además, la cuestión tiene un indudable interés práctico. Si se acepta la tesis de la ausencia de objeto, resultará que, de no acabarse los pisos, el contrato será nulo por falta de uno de sus elementos esenciales. Entendemos pues demasiado forzado el argumento de negocio temporalmente sin objeto, más cuando este elemento, sí es un elemento esencial del contrato, y el mismo Código civil admite el contrato sobre objeto futuro.

No obstante la aparente duplicidad que resulta de la redacción inicial del art. 13 RH, que separaba entre las cesiones con transmisión actual de los pisos y las demás, parece que la prestación del cesionario es siempre la misma. El cesionario siempre debe construir y entregar la obra terminada a la otra parte.

Es más, aunque el art. 13 I RH preveía el supuesto de transmisión actual de los pisos, ésta no parece que se llegase a producir. Así lo sugiere el que la inscripción de los pisos a favor del cedente no se llevase a cabo hasta que se inscribiese la constitución del régimen de propiedad horizontal.

En cambio, la prestación del cedente puede tener múltiples contenidos distintos. Dejando a un lado otras variantes referidas en este trabajo, fundamentalmente la obligación del cedente consiste en ceder todo el solar o sólo una cuota del mismo. Recordemos en este punto, siguiendo a FERRENADO NICOLAU,¹³² la disyuntiva que

¹³¹ROVIRA JAEN, FRANCISCO JAVIER: *La compraventa de cosa futura* "Estudios de Derecho Privado, T II, Edit. De Derecho Privado, Madrid 1965, pg 128

¹³²FERRANDO NICOLAU, ESPERANZA: *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello* Mario E. Clemente Meoro (Coordinador). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

se produce en el Derecho Alemán, en función de la modalidad por la que se opte, ya sea la modalidad clásica, donde se cede la totalidad del solar al cesionario (allí calificado de promotor), o la modalidad de cuota, donde se reserva parte del solar el cedente y cede una cuota al cesionario.

En alguna ocasión, el terreno sobre el que se va a construir es el resultante de la agrupación de diversos solares, por tanto inicialmente no es un único solar, ni tampoco una sola finca registral.

Además, no siempre es adecuado hablar de cesión de solar. Primero, porque éste puede estar edificado, por ejemplo, lo que el cedente transmite puede ser también una vivienda con terreno anexo. Y segundo, porque el suelo puede estar sin parcelar.

Aunque más tarde hablaremos del objeto de la prestación debida por el cesionario, dada la semejanza que se plantea con la compraventa de pisos en construcción, traemos a colación brevemente la posición de SAPENA TOMÁS, CERDA BAÑULS, y GARRIDO DE PALMA¹³³, al clasificar los enfoques de la doctrina al referirse a la compraventa de pisos en proyecto o en estado de construcción, y dada la importancia que ello trae en esta materia, destacamos:

-Posición de MONET: Este autor distingue el contrato sobre piso proyectado y el celebrado sobre piso en construcción. Al primero lo califica de compraventa con prestación subordinada de contrato de obra; y al segundo no lo califica de venta de cosa futura, sino como venta especial, venta con obligación de terminar la construcción.

-Posición de DE LA CAMARA, GARRIDO CERDA Y SOTO BISQUERT¹³⁴: Estiman que si se trata de un edificio ya definido aunque no esté materialmente comenzado, cabe ya constituirlo en propiedad horizontal por el dueño del solar. No se trata de venta de cosa futura, sino actual: el objeto del contrato es la cuota parte del solar

¹³³Vid. SAPENA TOMAS, CERDA BAÑULS, GARRIDO DE PALMA: Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores” *Ponencia española al XIII Congreso Internacional del Notariado latino*, Barcelona 1975.

¹³⁴SOTO BISQUERT, ANTONIO: “El derecho de vuelo”, *RCDI* 1971, pg 927

adscrita a un volumen a rellenar materialmente con la construcción del piso vendido, caso de haberse otorgado ya el título de propiedad horizontal.

-Posición de SAPENA: No se trata de compraventa de cosa futura, sino de una compraventa especial, residiendo la especialidad en el objeto y la finalidad perseguida, se compra un piso en un edificio en régimen de propiedad horizontal y en definitiva el objeto es un piso en edificio en construcción o en proyecto, por lo que el vendedor contrae una obligación de hacer indisolublemente unida a la entrega de la cosa vendida.

Inevitablemente si se configura la relación como un derecho sobre cosa ajena, debe traerse al efecto, la situación final a perseguir, es decir lo que autores como ALONSO PEREZ¹³⁵ definen como una disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria. Esta disociación de la propiedad implica una fragmentación, de modo que varios derechos de propiedad van a coexistir sobre diferentes partes de la misma.

Además de posible, en segundo lugar el objeto debe ser lícito, tal y como ordena el artículo 1271 C.c., de modo que pueden ser objeto de contrato todas aquellas cosas que no estén fuera del comercio de los hombres.

En tercer lugar el objeto debe ser determinado o determinable, este requisito está recogido de modo genérico en el artículo 1273 C.c, donde se además se concreta que la indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes. Y particularmente en la compraventa (aplicable a la permuta por analogía), en el artículo 1445 CC..

La indeterminación por tanto, si bien nos referiremos a ella con relación a cada uno de los elementos objetivos del contrato en particular, no puede ser absoluta, siendo suficiente con que pueda determinarse “*a posteriori*”, cosa que difícilmente podrá pasar

¹³⁵Vid. ALONSO PEREZ, MARIA TERESA: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2000, pg. 31

si no se ha concretado por ejemplo la cantidad de ningún como ni con referencia a nada. La exigencia de determinación para el objeto de la prestación, o al menos que sea determinable, viene también impuesta por el artículo 1256 del C.c., ya que se prohíbe dejar el cumplimiento o la validez del contrato al arbitrio de una de las partes, cosa que inevitablemente se haría si el objeto no fuera determinable objetivamente.

Señala RUBINO¹³⁶ en relación a la compraventa que el precio es determinable siempre que aun no estando objetivamente fijada la cuantía o sin que esta cifra sea aun conocida por las partes, sí están prefijados los criterios o puntos de referencia con base en los que puede establecerse perfectamente el precio.

La determinación del objeto será tratada mas ampliamente con posterioridad, especialmente en relación al objeto de la prestación del cesionario, no obstante debemos indicar que la jurisprudencia en este punto, admite una amplia gama de posibilidades de determinación del objeto, bien por referencia a cosa cierta, bien por los usos, como la STS de 30 de septiembre de 1993¹³⁷, o la de 28 de diciembre de 1994¹³⁸, al decir de esta ultima *“Lo que indica el uso cotidiano en el trafico de los negocios, es que el promotor de un edificio venda sus pisos en las mismas condiciones de acabado, como corresponde a la uniformidad de toda la obra. Lo contrario no solo es una conducta contraria al normal hacer profesional, sino la buena fe que debe presidir el desenvolvimiento de la relación contractual, consistente en aprovecharse de aquel silencio en el contrato para obrar en perjuicio del comprador”*.

También el criterio predominante en la jurisprudencia, que trata de buscar viabilidad a la contratación entre las partes, para hacer prevalecer el principio de conservación del contrato, ex art. 1284 c.c., se pone de manifiesto en la interpretación de la determinación del objeto de prestación del cedente. Así lo hace la sentencia TS de 25

¹³⁶RUBINO, DOMENICO: *La compravendita, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano 1952, pg 195.

¹³⁷ STS de 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6660)

¹³⁸ STS de 28 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10389)

de mayo de 2000¹³⁹ al exigir en relación al solar, la identificación de la finca, permitiendo que ésta se realice sobre el terreno por los cuatro puntos cardinales, siendo necesario que éstos se determinen con máxima concreción.

En cuanto al valor de las contraprestaciones, no es necesario que las mismas tengan igual valor, aunque de hecho las partes suelen suponer que los objetos permutados lo tienen. Las partes pueden equilibrar libremente la relación entre los valores de las prestaciones respectivas mediante la obligación de pagar una determinada suma de dinero adicional a cargo de una de las partes.

Además de esta finalidad en busca de una equivalencia de valor de las obligaciones, cabe también otras accesorias e indudablemente prácticas, como podría ser cubrir una inmediata necesidad de liquidez para el cesionario que va a emprender la construcción o una previsión de aseguramiento para el cedente. Se trata de lo que ha denominado MERINO HERNANDEZ¹⁴⁰ “*permuta con compensación dineraria*”. Siguiendo a este autor aun cabría hablar de otra submodalidad a la que denomina “*permuta con compensación dineraria indirecta*”. Esta opción consiste en el acuerdo entre partes por el que uno de ellos se obliga a pagar los gastos e impuestos que el contrato suscita. Si bien para que se trate de entrega por compensación, al igual que en el caso anterior debe referenciarse así en el contrato, que se trata de equiparar el valor de las prestaciones.

2.- El solar

A) Cesión de solar o suelo

La obligación esencial de cedente, es la transmisión del solar, pero inevitablemente surge la controversia sobre qué debe entenderse por solar.

Determinar el concepto de solar, ha sido especialmente relevante en el supuesto en que el cesionario se ha obligado a edificar sobre un terreno en el que ya existe una

¹³⁹STS de 25 de mayo de 2000 [RJ 2000, 3495]

¹⁴⁰MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid 1978, pg 359 y ss.

construcción previa, que se compromete a demoler primero, y al que las partes se refieren como solar. En estos supuestos, normalmente falta toda referencia a si la propiedad que se transmite al cesionario es la del terreno sólo, o la de éste más las construcciones. En el caso de la STS de 30 de enero de 1990¹⁴¹, en el que diversas personas habían celebrado un contrato de cesión de suelo por obra. Cedido el terreno, e iniciado el derribo del edificio que en él había, los constructores descubrieron un tesoro. El cedente solicitó sin éxito que se le entregase la mitad del mismo (arg. art. 351 CC), así basando su petición en la violación de los artículos 1.255, 1.258, 1.276 y 1.281 del Código Civil, se plantea el TS cual la verdadera intención de los contratantes, la libertad de pacto y la auténtica causa del contrato privado suscrito en 12 de julio de 1982. Así pues encontramos una disertación del catalogado contrato de aportación, que se describe como aquel *en el que se pacta que se transmite sólo el solar donde se encontraba la casa en ruina y que debía ser demolida a efectos de cumplir el contrato construyendo otra nueva, en cuya demolición apareció el tesoro: tampoco el motivo es atendible, ya que, aparte de que el contrato repetido lo rubrica como de compraventa sobre un terreno, de 282 metros cuadrados como así se ratifica en la escritura pública de 14 de febrero de 1982, aún admitiendo que el contrato es de los ya decantados en el tráfico negocial como «aportación de solar y otros elementos inmobiliarios» para que por parte de los adquirientes se construya un inmueble en el que participa el transmitente (entre otras en sentencia de 5 de julio de 1989 se expuso «in extenso» modalidad contractual, pues, cada vez de uso frecuente y progresivo, y que responde a las nuevas formas de conexión de intereses entre los particulares, en las que por el intercambio «in natura» de lo que una parte ostenta, el terreno o solar y careciendo, en cambio, de los inmuebles que sobre el mismo pueda construir el profesional o capitalista, concierta con éste que, a cambio de aquel terreno, el mismo pueda construir y le entregue en contraprestación parte de lo así construido - naves, pisos, plazas de garaje-; y es que, sin duda, por esas mutuas carencias y tenencias a la vez, de los interesados el uno al tener terrenos y carecer de medios o competencia para construir inmuebles cuyo uso le satisfará, y el otro, al no tener el terreno pero sí los medios para esa construcción, convienen esa forma de permuta de lo uno por lo otro con la particularidad de que, así como el terreno o solar existe materialmente, la construcción es algo futuro que aún no cuenta con realidad material, por lo que el*

¹⁴¹ STS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 101)

compromiso así adquirido, ha de canalizarse por la confianza en la observancia de la contraprestación del cesionario o constructor o permutante, y, sin duda, partiendo en la permisibilidad legal que le permite la negociación sobre objeto futuro en los contratos, el artículo 1.271-1.º del Código Civil como norma genérica de cobertura, si bien es de prever, que los contratantes acoplen los adecuados mecanismos de garantía para la observancia de ese compromiso.

La sentencia trata de valorar la verdadera intención de las partes, y aun cuando se califica el contrato entre las partes como de compraventa del solar, el TS determina que se trata del contrato de aportación de solar a cambio de obra. Entendiendo que, tampoco por esta vía de la «aportación» se alcanza la tesis planteada en recurso, pues, la operatividad de la transmisión que se deriva de tales acuerdos explica que el constructor adquiera la propiedad de lo transferido -terreno, solar, con construcción antigua- en la hipótesis de autos -y sólo se obliga a edificar en los términos pactados-. Por ello en tanto actúe al respecto con esa observancia está asistido de toda protección dominical a su situación jurídica. Y, añade también, que la inconsistencia de la pretensión del recurso resplandece al perseguir la adjudicación de la parte asignada a los demandados -tras el rehúse que consta del derecho preferente del Estado- cuando al no discutirse su cualidad de descubridores del tesoro, en el recurso ex artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y aunque, en su caso no fuesen dueños del inmueble donde aparecieron las monedas o tesoro citado, ni tampoco atacado en el recurso por la citada vía fáctica, les corresponde ese 50 por 100 en todo caso, además de por la fuerza del reparto acordado y apreciado por la Sala «a quo», por lo que resulta del citado artículo 351-2.º del Código Civil.

En el derecho español, el término solar se utiliza para designar ciertas parcelas de suelo urbano edificable dotadas de cierta infraestructura y servicios y calificadas precisamente como solar por la Administración urbanística. La sentencia del TS de 3 de octubre de 2000¹⁴² hace referencia a la distinción entre parcela edificable, y parcela totalmente edificable. Así establece que parcela edificable es no solo aquella que puede

¹⁴²STS de 3 de octubre de 2000 [RJ 2000, 7039]

construirse en toda su superficie, sino también aquella cuyas ordenanzas permiten edificar en un cierto volumen, siempre que reúna la extensión mínima determinada.

Sin embargo, aunque como señala IRIBARREN¹⁴³ el concepto de solar es multívoco. En el sistema de la Ley del Suelo, se recuerda que generalmente el término solar designa una porción de terreno donde se ha construido un edificio o que se destina a edificar en él. La legislación urbanística, en particular no define propiamente el concepto de solar, pero se refería a él, ya en el derogado art 82 TRLS de 1976 como aquella superficie de suelo urbano apta para la edificación que reúnan los siguientes requisitos:

1. Que estén urbanizadas con arreglo a las normas mínimas establecidas en cada caso por el plan, y si éste no existiere o no las concretare, se precisará que además de contar con los servicios señalados en los artículos 78 y 81.2 la vía a que la parcela de frente tenga pavimentada la calzada y encintado de aceras.
2. Que tengan señaladas alineaciones y rasantes si existiera dicho Plan de Ordenación

Al enumerar los bienes inmuebles, el art. 334.1º CC menciona las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo, pero deja sin resolver si edificio y suelo son un todo unitario o son objetos diferentes a ojos del derecho. La doctrina señala que la separación entre el dominio del suelo y lo que hay construido sobre él es excepcional. En general se entiende que la propiedad separada de edificaciones sólo es posible en nuestro derecho en virtud de la constitución de un derecho de superficie o del establecimiento de un régimen de propiedad de casas por pisos o locales y otros análogos. Se añade que en el supuesto de cesión de suelo por obra, una separación semejante tiene escaso sentido fuera del supuesto de descubrimientos posibles de tesoros, que es igualmente excepcional. No obstante, en muchas ocasiones la cesión de suelo por obra comprende esta separación pues hay modalidades en que —como se ha visto— las partes constituyen un derecho de vuelo.

¹⁴³IRIBARREN GOICOECHEANDIA, MAITE: *La calificación de solar como requisito de la edificación* Inst. Est. Adº Local, Madrid 1984

B) Vuelo

El TS, en ocasiones, tiene en cuenta el criterio hermenéutico del art. 1286 CC para argumentar que cuando las partes hablan de transmisión de solar, utilizan este término en sentido vulgar, equivalente al de finca, y por tanto que engloba también la edificación o el vuelo.

En la duda sobre si se ha cedido sólo el derecho de vuelo o bien el derecho de propiedad sobre el solar, la STS de 31 de marzo de 1980¹⁴⁴ se decanta por esto último, sobre la base de que es más conforme con la obligación de construir un edificio en régimen de propiedad horizontal sobre el solar. Si bien es claro que esto depende de la interpretación de cada contrato.

Para delimitar cuando lo que se cede es solo el derecho de vuelo CORVO LOPEZ¹⁴⁵ señala que la inclusión del vuelo, entre los elementos comunes del artículo 396, viene a aclarar las dudas que pueden plantearse en relación a la sobre-edificación, y deja claro que esta no corresponde al titular de la última planta sino a todos los propietarios del inmueble. Para ella el derecho de sobre edificación y subedificación es un derecho real de carácter limitado que faculta a su titular para construir un volumen determinado, sobre o bajo un edificio total o parcialmente ajeno, y que supone la adquisición por parte del titular de un derecho de propiedad sobre los nuevos elementos construidos, así como la integración, si aun no lo estaba, del edificio en el régimen de propiedad horizontal. Su cesión debe determinarse expresamente, pues no puede presumirse.

Por tanto, lo que si cabe admitir, como ya anunciamos inicialmente, junto con la cesión de la finca propiamente dicha, dentro de las variedades que en esta modalidad contractual se conocen, cabria por parte del cedente una transmisión no de la propiedad del solar sino un derecho de vuelo, un derecho de sobre o de subedificación.

¹⁴⁴ STS de 31 de marzo de 1980 (1980, 1233)

¹⁴⁵CORVO LOPEZ, FELISA: *El derecho de sobre edificación y subedificación, y su integración en el régimen de propiedad horizontal* Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 2010, pg 66 y ss.

El TS ya desde la sentencia de 30 de noviembre de 1984¹⁴⁶, habla de un negocio por el que, documentado como permuta, se intercambia el derecho de vuelo por la entrega de sótanos y vivienda en el futuro edificio.

Esta variedad, como se ha señalado puede configurarse bajo dos opciones, transmisión de vuelo con reserva de la propiedad el cedente o transmisión de propiedad al cesionario con derecho de vuelo a favor del cedente.

La posibilidad de transmisión del vuelo con reserva de la propiedad del solar, supuesto precisamente ya contemplado en la citada sentencia de 30 de noviembre de 1984, tiene como principal obstáculo, el supuesto en que no hay edificación alguna en el solar sobre el que se cede el derecho de vuelo, por tanto ¿como se constituye el derecho de vuelo si el solar no esta edificado?. La DGRN en la resolución de 5 de febrero de 1986¹⁴⁷ ya señalaba que se produce en este caso una constitución condicional del derecho a elevar plantas. Cuando al terminar la obra, se cumple la condición, el adquirente del vuelo, se convertirá en copropietario del solar, por éste un elemento común del edificio construido.

Con esta modalidad el cedente tiene una posición mas ventajosa, ya que no se desprende de la propiedad, y aunque el cesionario no adquiere el dominio, lo cierto es que también puede hipotecar su derecho de vuelo, con lo que puede conseguir la financiación necesaria para materializar la obra.

C) El aprovechamiento urbanístico

De igual manera, debe tenerse presente la posibilidad de cesión del aprovechamiento urbanístico. La figura, que goza de mención legislativa en España, no antes de 1990, y ni siquiera todas las Comunidades Autónomas recogen su regulación; se conceptúa como una facultad que deriva del derecho dominical, y de ahí que se le

¹⁴⁶ STS de 30 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5691)

¹⁴⁷ Resolución de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986,1006)

reconoce naturaleza inmobiliaria; aunque hay quienes defienden, como ARNAIZ EGUREN, la calificación como mera titularidad *propter rem*. Este derecho surge del cumplimiento de los derechos urbanísticos y se dirige a materializarse en una licencia y posteriormente en una edificación. Pero lo relevante es que el aprovechamiento urbanístico, puede alcanzar como dice MERCEDES FUERTES¹⁴⁸ una identidad independiente y separada de la propiedad inmobiliaria de la que surgió, puede ser objeto de negocio e incluso abrir folio registral.

Al reconocer valor económico al aprovechamiento, y entenderlo como elemento patrimonial independiente, se está admitiendo su tráfico jurídico, su enajenación o gravamen, y por ende la posibilidad de ser objeto de la cesión de aprovechamiento a cambio de pisos o locales.

Aunque como señalamos la falta de regulación en gran parte de las comunidades, hace escasa la aplicación de esta figura, merece la pena detenernos a analizar su funcionamiento.

El concepto de aprovechamiento urbanístico es plural, por un lado podemos hablar de aprovechamiento tipo, referido a una magnitud o cifra que es numérica y que determina el aprovechamiento urbanístico en relación con una determinada área de reparto, esto es la edificabilidad unitaria que el planeamiento establece para todos aquellos terrenos que están comprendidos en una misma área de reparto.

En segundo lugar podemos hablar de aprovechamiento material u objetivo, para referirnos a aquel aprovechamiento que el planeamiento atribuye a una determinada parcela o terreno. De tal manera que se determinará mediante la fijación de la edificabilidad (comúnmente llamado: metros cuadrados de techo por metro cuadrado de suelo) y de las condiciones generales de la edificación.

¹⁴⁸FUERTES, MERCEDES, *Urbanismo y publicidad registral*, op cit. pg 99

Y por último encontramos el aprovechamiento desde el punto de vista subjetivo, que es el aprovechamiento atribuido al propietario de una parcela como contenido urbanístico de su derecho de propiedad, o como señala ARNÁIZ EGUREN¹⁴⁹, es un derecho predicable de cada propietario, cuya atribución tiene lugar *propter rem*, por razón de la titularidad del terreno. En consecuencia, deberá ponerse en relación con el ámbito territorial superior en el que se encuentra incluido el suelo, para poder existir.

La cesión del aprovechamiento puede tener su origen en dos causas, bien cuando el propietario de un inmueble no puede patrimonializar todo el aprovechamiento urbanístico que tiene reconocido, al existir un exceso, por lo que si quiere edificar todo el volumen, tendrá que adquirir más aprovechamiento. Puede también que tuviera reconocido un aprovechamiento que no se hubiere podido materializar, bien por estar afectada la propiedad, o simplemente por habérselo reservado; estos supuestos se caracterizan por ser transferencias surgidas por decisiones administrativas.

En la segunda modalidad, de difícil encaje para el juego de la cesión entre particulares (aunque sí en el ámbito administrativo), se requiere el acuerdo explícito del Ayuntamiento y que se lleve a cabo la inscripción del proyecto de urbanización; en ese documento se detallará como se ha materializado el aprovechamiento, y si constituye o no finca separada.

En cuanto a la transmisión del aprovechamiento por negocio privado, el legislador ha sido reacio a la creación de un mercado libre de aprovechamiento, debido al excesivo riesgo que entrañaba, y se han establecido rígidos controles sobre éstos negocios. Resulta necesaria la intervención de la Administración y la inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamientos, pero fundamentalmente este negocio queda limitado a los propietarios de solares¹⁵⁰. De tal manera que dos propietarios pueden acordar negociar con sus derechos de aprovechamiento, resultando que se atribuya a uno

¹⁴⁹ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL: *La Inscripción registral de actos urbanísticos*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid 2001

¹⁵⁰FUERTES, MERCEDES, *Urbanismo y publicidad Registral*, op. cit. pg. 111

u otro un mayor aprovechamiento, incluso cabe que uno de ellos adquiere todo el aprovechamiento.

Es precisamente en este punto, en nuestra opinión, cuando encaja la figura de la cesión en su esplendor. Veamos como muchos de estos propietarios ni pueden o quieren llevar a cabo el proceso de edificación por sí mismos, o no están preparados para participar en el proceso de equidistribución simplemente por carecer de conocimientos técnicos, o de la liquidez necesaria; por ello la cesión del aprovechamiento a otro propietario, que previsiblemente esta interesado en la edificación de un volumen mayor, es un negocio que a ambas partes interesa.

Este contrato de transmisión o trasferencia del aprovechamiento debe constar en Escritura Publica, que se inscribirá en el Registro Administrativo de Transferencias de Aprovechamiento en el folio de la finca. Si las fincas figuran en distintos folios, deberá mencionarse así en cada una.

Esta inscripción se efectúa con independencia de la que puede y debe llevarse a cabo en el Registro de la Propiedad, aquí la inscripción se dirigirá a difundir una transmisión patrimonial que incide en el contenido de un bien inmueble, ya que evidentemente la finca tendrá mas valor, e incluso puede su nuevo titular gravar dicho aprovechamiento.

En este supuesto de cesión de aprovechamiento por pisos o locales, no podemos olvidar que según lo ya señalado el aprovechamiento urbanístico es una facultad que deriva del dominio pero tiene un contenido específico (el posible volumen edificable) y además tiene una vigencia limitada en algunos casos, (ejemplo de las Comunidades en las que se mantiene el sistema de adquisición sucesiva de facultades urbanísticas, en las que tendrá la limitación del mismo plazo para solicitar la licencia).

D) Solar ajeno

No podemos finalizar el estudio del elemento objeto de la prestación del cedente, sin hacer referencia a la posible cesión de solar ajeno. El cedente puede prometer que entregará un solar que en el momento de celebrar el contrato no le pertenece, dado que si acudimos por analogía a las normas de la permuta, la permuta —como la venta— de cosa ajena es perfectamente válida en nuestro derecho y en general también en el comparado. Ahora bien, para poder cumplir tendrá que adquirir antes el solar a su verdadero propietario.

La admisibilidad de la permuta de cosa ajena, viene reconocida para el contrato de permuta en el artículo 1539 del Código Civil, al señalar que “si uno de los contratantes hubiese recibido la cosa que se le prometió en permuta, y acreditase que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumplirá con devolver la que recibió”.

Ya MANRESA, en sus “Comentarios al Código Civil español”, señalaba la semejanza de esta solución, con la dada en el artículo 1502, y 1503 por el Código civil para la compraventa, sin embargo aun cuando pueda observarse esta semejanza, la solución en opinión de CASTAN¹⁵¹ no es equivalente en la compraventa, ya que en ésta última el comprador con fundado temor de ser perturbado por acción reivindicatoria puede suspender el pago del precio, sin embargo en la permuta el permutante que acredite que es ajena la cosa que recibió en cambio puede directamente resolver el contrato, reteniendo su cosa, y devolviendo la que recibió a cambio.

Con todo ello debemos recordar, que si bien en el Derecho Romano, la compraventa de cosa ajena era perfectamente admisible, dado el carácter consensual del contrato, y meramente productor de obligaciones, por el contrario la permuta, era un contrato necesariamente transmisor de la propiedad, que no podría versar sobre cosa ajena, bajo pena de nulidad. Sin embargo, hoy en Derecho español, ambos contratos son consensuales, y en consecuencia la transmisión del dominio de los objetos vendidos o

¹⁵¹ CASTAN TOBEÑAS, JOSE : *El Derecho Civil español, común y foral*, TIII, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general”, 16ª ed., Reus SA; Madrid 1992, revisada y puesta al día por Gerardo García Cantero

permutados forma parte no del perfeccionamiento sino de la consumación. De ahí que como señala MERINO HERNANDEZ¹⁵², en el Derecho español, puede admitirse la validez de la compraventa de cosa ajena, y de igual modo la permuta de cosa ajena, a lo que además se une el apoyo legal del artículo 1539.

Si nos adentramos un poco más en la regulación legal de la permuta de cosa ajena, debemos señalar que pese a la dicción del artículo 1539, que refiere a la *cosa que se prometió en permuta*, no podemos limitar se aplicación a los supuestos de promesa de permuta o precontrato de permuta, pues en tal caso quedaría limitada su aplicación al excluir los supuestos donde no hubiera ido precedida del convenio formal de permuta.

Las consecuencias que se derivan de la aplicación de este artículo, son las propias, como señala CASTAN de la resolución, a diferencia de la compraventa que supone una suspensión. Si bien MELON INFANTE¹⁵³ critica esta disposición alegando que se trata de una “*norma especialísima que se separa sin razón de los principios que gobiernan las obligaciones bilaterales en general y de los principios referentes a la compraventa en particular*”, y por cuanto sin que exista un propio incumplimiento, ya que la entrega de cosa ajena no lo es, esta autorizando *per se* a la resolución del mismo contrato. En todo caso si se decide mantener la vigencia del contrato pese a ser cosa ajena la entregada por un permutante, el efecto será el mismo que en la compraventa. Por tanto, aquel permutante que recibe la cosa ajena y no opta por la resolución, sino que mantiene su vigencia, tendrá pues la intención, como señala MERINO HERNANDEZ, de llegar a adquirir el dominio del bien recibido, y en tal caso, si posteriormente tras haber adquirido la propiedad de la cosa ajena, ésta fuera reivindicada por el propietario verdadero, podrá entonces el permutante cumplidor exigir conforme el artículo 1540 C.c. el saneamiento por la evicción sufrida.

La entrega de cosa ajena no implica pues propiamente dicho un incumplimiento contractual, a diferencia de su tratamiento en el derecho francés e italiano. En nuestro ordenamiento como destacaba ROCA SASTRE, no hay ningún precepto que exija que el

¹⁵²MERINO HERNANDEZ JOSE LUIS: *EL contrato de permuta*, Tecnos, Madrid 1978, pg 166 y ss.

¹⁵³ MELON INFANTE, op. cit “El contrato de permuta en el Código Civil” RDP 1961

tradens sea propietario de la cosa ofrecida. Este planteamiento lleva a cuestionar si la resolución del artículo 1539 C.c., es la misma que la que contempla para el caso de incumplimiento el artículo 1124 C.c. Y en esta cuestión es clara la distinción no solo al tratarse de una facultad concedida a una de las partes, sin necesidad de acorde voluntad, sino que tampoco requiere de especial petición, ni decisión judicial, bastando devolver la cosa entregada, que era ajena, y no entregar la que estaba obligado a dar.

Se plantea la cuestión de si es necesario un riesgo evidente de evicción, o por el contrario, bastara con que la cosa recibida sea ajena. En todo caso si ha habido mala fe en el *tradens* es unánime entre los autores (MELON INFANTE¹⁵⁴ entre otros) admitir la posible pretensión de una indemnización de daños y perjuicios; y por el contrario, existiendo mala fe en el *accipiens* no podría usarse esta facultad resolutoria por éste.

Como hemos mencionado, la regulación de la permuta de cosa ajena difiere en los ordenamientos francés e italiano. En el derecho francés, pese a que el artículo 1704 del Código civil señala que si un copermutante ha recibido la cosa entregada en permuta y prueba después que el otro contratante no es propietario de la cosa, no podría ser obligado a entregar aquella que él ha prometido en cambio, sino solamente a devolver la que él a recibido. Lo cierto es que en este ordenamiento la venta de cosa ajena es nula. Por tanto la nulidad existirá tanto si se ha entregado una, las dos cosas permutadas, o ninguna. Siendo nulo el contrato no podrá ejecutarse.

En el derecho italiano, a diferencia de lo que hiciera el antiguo *Codice Civile italiano*, actualmente ya no hay ningún precepto que regule la permuta de cosa ajena. Por el contrario, sí se regula la venta de cosa ajena, a la que el reenvío general de la permuta nos lleva. Y de ello se deduce la admisibilidad de la permuta de cosa ajena, a diferencia del derecho francés. En tal caso se permitirá al permutante de buena fe pedir la resolución del contrato, si cuando se ha perfeccionado, ignoraba que la cosa entregada no era propiedad del vendedor, y si entretanto, lo ha adquirido la propiedad. Para

¹⁵⁴ MELON INFANTE, op. cit “El contrato de permuta en el Código Civil” RDP 1961

GIANNATTASIO¹⁵⁵ sin duda la permuta de cosa ajena no es nula sino perfectamente válida, a diferencia de la regulación en el Código de 1865.

A mismo, en algunos casos el solar cedido proviene de otro solar de mayor extensión del cual se segrega o bien se ceden varios solares a la vez.

Entronca con esta posibilidad, el supuesto de transmisión de finca por el cedente sujeta a un proyecto de equidistribución urbanística. Dada la disparidad legislativa en cada Comunidad en materia de Urbanismo, no cabe en este trabajo, formular un estudio sobre las diferentes legislaciones autonómicas en este área, sin embargo dado que no podemos hacer una escisión tajante entre Derecho Hipotecario y Derecho Urbanístico, nos vamos a referir a aquellas normas de urbanismo vinculadas a la materia hipotecaria, que entendemos necesarias en relación con los cambios que se pueden producir en una finca (objeto de cesión o permuta), a causa de una alteración del Plan, que lleve tras la ejecución del planeamiento a un cambio en la finca resultante, que al tiempo guardan uniformidad en los distintos ordenamientos autonómicos.

En primer lugar debe señalarse que el Registro de la Propiedad difundirá los definitivos proyectos de equidistribución, pero el principio de seguridad de tráfico exige que se de publicidad no solo al acto final concluyente, que modifica las fincas y derechos inscritos, sino que debe también advertir la misma existencia del proceso de ejecución del planeamiento.

Como señala MERCEDES FUERTES¹⁵⁶ los procesos de ejecución del planeamiento son largos y complejos, de ahí que el Registro no puede ignorar la transformación que sobre la fincas y derechos se esta preparando; el Registro debe alertar de ello y por ello que se hagan constar mediante nota marginal.

Pese a ello cabe que aparezca un cesionario, que ignorando la publicidad registral, adquiere la finca cedida sujeta a la ejecución del planeamiento. En este caso, que como

¹⁵⁵ GIANNATTASIO, *Trattato di Diritto civile e commerciale*”, op. cit. pg 22

¹⁵⁶FUERTES, MERCEDES, *Urbanismo y publicidad registral*, Marcial Pons, Madrid 2001, pg 53

ya indicamos, es difícil de creer, si el cesionario es un profesional de la promoción o construcción; lo cierto es que debe determinarse si se ve o no afectado por dicho proceso.

El Reglamento establece cuando se produce una discordancia entre el posible titular de la finca antes de inscribir el proyecto de equidistribución, y el que lo es después, que la práctica de la inscripción se realice a favor del beneficiado por el proyecto de distribución, debiendo así mismo el Registrador cancelar todos los asientos posteriores a la nota marginal, conforme el art. 14.2 Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, RD 1093/97, de 4 de julio.

En consecuencia aun cuando el cesionario desconociera que este proceso de equidistribución estaba pendiente, se verá afectado por él.

En segundo lugar, otro aspecto a tener en cuenta si se encontrare la finca en proceso de ejecución del planeamiento, es sin duda la gran transformación inmobiliaria que este proyecto de equidistribución puede suponer, de tal manera que esta reasignación de derechos puede entenderse como una suerte de título de adquisición o transmisión. Siempre que sea posible la delimitación de la nueva finca se hará sobre la base de la inicial, de tal manera que la finca resultante mantiene las líneas similares a la anterior, y el propietario adjudicatario se colocará en la misma posición jurídica que el anterior titular, como señala MERCEDES FUERTES, en estos casos se mantiene como título de adquisición del inmueble el antiguo de la finca.

Pero cabe también que esto no sea posible, y ello debido a muy diferentes factores en los que no entramos ahora, pero en ellos el proyecto ha implicado una auténtica adquisición originaria de los nuevos derechos; y esta adquisición se produce libre de cargas, en principio, y extingue todos los derechos reales que recaían sobre la parcela originaria.

Sin embargo, si sobre la finca ya existían derechos reales o cargas, debe analizarse su compatibilidad con el desarrollo urbanístico aprobado. Si así fuere, se trasladará por el

Registrar dichos derechos o cargas a las nuevas fincas resultantes en virtud del principio de subrogación real. Si es incompatible a falta de acuerdo el titular de dicha carga o derecho real, no tiene otra opción que acudir a los tribunales para o bien que se declare la compatibilidad o se le reconozca la indemnización que corresponda.

En conclusión, si la finca cedida esta sujeta a la ejecución del planeamiento, y el cesionario es conocedor de esta circunstancia, habrá que esperar a la adjudicación de la finca reasignada, sobre la que efectivamente tendrá su derecho adquirido; si es desconocedor y además no ha inscrito su derechos, sufrirá el mismo resultado, pero si la nueva finca no reúne los requisitos y características pactadas, estaremos ante un caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, como el efecto del que mas tarde se hablara.

Finalmente, en relación con el solar, debe tenerse en cuenta que además de ser edificable, de lo que ya hemos tratado, debe estar libre de cargas, o si las tuviere, ya que nada impide que puedan coexistir inicialmente, debe darse conocimiento de ello al cesionario. Cuestión distinta pero vinculada es la obligación de responder el cedente en caso de haberlas ocultado, que es objeto de estudio en las obligaciones del cedente.

3.-La obra

A) Objeto

La obra es la prestación que se compromete a ejecutar el cesionario. Puede tener contenidos diversos, aunque siempre comporta la actividad del cedente, consistente en llevar a buen término la edificación. Para ello puede ser necesario una simple rehabilitación cuando sobre el solar cedido ya existe un edificio que las partes no desean derribar, o bien demolerlo para edificar uno nuevo (como en la cit. SAP Cuenca núm. 64/1999, de 23 de marzo de 1999), y, por último, cuando en el solar no existe edificación, hacer una obra conforme a lo prometido. También puede combinarse la entrega de un inmueble ya existente con la realización de una obra sobre el solar cedido. El cesionario puede prometer construir uno o varios edificios con destinos diferentes.

En cuanto al tipo de edificación, siguiendo a RUDA GONZALEZ¹⁵⁷, puede tratarse de pisos, estudios, apartamentos, locales de negocio (v.gr. planta de un edificio destinada a restaurante: STS de 23 de enero 1991¹⁵⁸; cfr. Ac. STJ 18 de enero 1996, garajes, trasteros, naves comerciales, lonjas, buhardillas, desvanes (STS de 9 de abril 1981¹⁵⁹), cuartos lavaderos (SAP Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 2ª, de 24 de noviembre de 1997), simples oficinas, un templo, una pista polideportiva (RTEAC, Sala 2ª Vocalía 5ª, 21 de julio de 1999) u otros elementos inmobiliarios. Puede incluso no haber edificación, ya que el cesionario puede comprometerse simplemente a parcelar unos terrenos a cambio de parte de los mismos. Esto demuestra que es preferible llamar al contrato cesión de suelo por obra que permuta de solar por pisos. Cuando aquí se hable de pisos, hay que entender incluidos locales, etc.

La idea de que la prestación del cesionario es una obra, puede servir para resolver algunos equívocos. Existe una cierta tendencia a representarse la cesión de suelo por obra como una permuta manual, esto es, como intercambio actual de solar y pisos. El propio art. 13 I RH anulado lo evidencia, al prever un contrato de cesión en que las partes pactan que se produzca una transmisión actual de los pisos a construir. Que estos sean futuros no importaría en absoluto. Frente a ello cabe observar lo siguiente: el art. 13 I RH refleja una tendencia de la contratación inmobiliaria a buscar una protección reforzada del adquirente de pisos o locales futuros. Esta protección es necesaria en el contrato de compraventa, porque los compradores suelen anticipar cantidades al vendedor, y en la cesión de suelo por obra porque lo que se adelanta es la ejecución de la prestación del cedente. Sin embargo, el precepto no decía que la transmisión se produjese. Si bien puede nacer la obligación de hacerla en el futuro (art. 1271 CC), el derecho de bienes nos coloca en unos parámetros que nos impiden configurar al piso como algo que ya pueda transmitirse. No existe con relación al mismo un poder directo e inmediato que conceda

¹⁵⁷ Vid. RUDA GONZALEZ, ALBERT: *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002

¹⁵⁸ STS de 23 de marzo de 1991 (RJ 1991, 311)

¹⁵⁹ STS de 9 de abril de 1981 (RJ 1981, 1528)

a su titular un determinado señorío y lo someta a su dominación. Por definición, el piso futuro no tiene existencia real. Por ello el derecho que recaiga sobre él sólo puede ser de crédito. Este crédito puede transmitirse, el piso no. Esto no es una mera apreciación conceptual, sino que puede tener importantes consecuencias prácticas: en el caso de la STSJ Aragón, de 25 de marzo de 1992, Sala de lo Civil y Penal¹⁶⁰, se discutió precisamente si los pisos ya existían o no, puesto que en el primer caso se podrían haber integrado en la sociedad de gananciales del matrimonio cedente. No fue así, pues el marido, a quien había de corresponder el 12'5% de la obra, falleció antes de la entrega de los pisos sin que la mujer hubiese intervenido en modo alguno en la operación.

No obsta a la idea anterior el que se hable de cesiones de cubicación o de transmisiones de volumetría o volumen edificable. Nadie parece haber pretendido que el inmueble sea sólo una superficie (cfr. art. 350 CC) y por tanto la admisión de estos contratos no añade ni quita nada al aspecto jurídico-real. Que un edificio ocupe un determinado volumen no significa que pueda transmitirse un piso que al no estar hecho no lo ocupa en absoluto. Por lo mismo tampoco se comparte el argumento de que los compradores de un piso futuro adquieren un piso determinado y concreto, sobre el que recae el consentimiento de su voluntad en el negocio jurídico y la prestación de su precio, pues una cosa es el plano de lo que quieren las partes (su mera representación mental) y otra muy distinta la realidad material o lo que jurídicamente es admisible.

La jurisprudencia estudia la posibilidad de retención de la propiedad, cuando la obra está terminada, y se alega incumplimiento: destacamos la STS de 5 de noviembre de 2007¹⁶¹, (Sala Civil), donde si bien el Juzgado de Primera Instancia, había estimado que la prestación a cargo de la actora no había sido cumplida conforme a lo acordado, ya que se acreditó que la obra presentaba deficiencias que podían considerarse importantes o trascendentes, la Sala de apelación sin embargo consideró que las deficiencias y omisiones constructivas que señalaban los demandados para justificar su negativa a recibir la obra carecían de importancia, por lo que la resistencia a la recepción de la obra no justificada, era contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones.

¹⁶⁰ STSJ Aragón de 25 de marzo de 1992 (RJ 1992, 7076)

¹⁶¹ STS de 5 de noviembre de 2007, (Tirant on line TOL1.221.250)

En la citada STS, la Sala de instancia realizó un análisis del contrato, a partir de la doctrina jurisprudencial (SSTS 16 de diciembre de 1996, 5 de julio de 1989, 7 de abril de 1999, etc.) y señala que se ha de regir por la voluntad de las partes, plasmada en la escritura, y por la regulación normativa de otras figuras conexas (compraventa, permuta y arrendamiento de obra). Concluye que no cabe entender probado que el contrato no haya sido cumplido por la actora, y destaca que *“la cláusula 4ª impone a los demandados apelados el otorgamiento de la escritura de reversión y cancelación de la “al momento de la certificación final de obra expedida por el Arquitecto director de la misma, sin más condicionantes ni reservas”. La certificación se firmó y fue visada por el Colegio profesional, obteniéndose a continuación la licencia municipal de primera utilidad. La resistencia de los demandados a recibir la obra por deficiencias u omisiones constructivas, en base a una prueba, que se estima insuficiente y que les correspondía, es, según la sentencia de apelación, contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones. La Sala verifica a continuación precisiones sobre valoración de los diversos elementos probatorios y considera que no hay un incumplimiento básico y grave que justifique la exceptio non adimpleti contractus por parte de los demandados, pues el incumpliendo ha de ser relacionado con criterio de equidad y buena fe, lo defectuosamente realizado puede ser corregido o cumplido y no basta el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impiden, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato. La excepción aplicable al caso sería, a juicio de la Sala, la llamada exceptio non rite adimpleti contractus, que sólo habilita a exigir la reparación de lo deficiente o a realizar lo que falte o a verse indemnizado en una prestación equivalente si no es posible su realización exacta. Los demandados no reconvinieron, dejando pasar esa posibilidad, pero esa estrategia, que pretende retener la titulación registral de la obra, es contraria a la buena fe e incurre en la prohibición del artículo 1256 CC.*

La sentencia hace eco de lo que ya recogían las Sentencias de 24 de noviembre de 2006, 19 de abril y 11 de mayo de 2007, entre otras. La primera de las indicadas, con referencia de numerosas decisiones precedentes (24 de octubre de 1986, 13 de abril de 1989, 27 de marzo de 1991, 30 de enero de 1992, 8 de junio de 1996, 12 de junio de 1998,

21 de marzo de 2003, etc.) recoge la fundamentación para determinar cuando la constatación de ciertas deficiencias, carencias o imperfecciones de la prestación de una parte, o el incumplimiento de deberes accesorios, instrumentales o complementarios, puede justificar que el otro contratante, acreedor de la prestación de que se trate, pueda suspender la que le corresponde, por falta de aquel cumplimiento, hasta en tanto haya efectuado la contraparte la subsanación, o acepte la reducción de precio que eventualmente se le haya propuesto, o se avenga a realizar la conducta apropiada para llevar a efecto la reparación o reposición, etc. El TS señala que *“Solo la distinción entre una excepción que faculte para suspender la propia prestación y otra que no alcance este efecto justifica, a criterio de esta Sala, la diferencia entre las llamadas exceptio non adimpleti y exceptio non rite adimpleti contractus. Ambas tendrían, así, el efecto común de provocar la valoración de la gravedad del incumplimiento, y en ambos casos no estaríamos ante un efecto resolutorio, con los consiguientes efectos sobre la mora debitoris de las obligaciones sinalagmáticas, de cuyo régimen se ocupa el párrafo final del artículo 1100 CC”*. Esto es que, incluso aceptando que efectivamente las plazas de garaje no tuvieran, al final de la obra, la separación de las demás en los términos que habían sido establecidos en el contrato, este dato, por sí mismo, no invalida la apreciación de la Sala de instancia sobre la calidad de la deficiencia y sobre su proyección o influencia en orden a justificar la resistencia de los demandados a recibir la obra. No otra cosa dice acertadamente la Sala de instancia en el Fundamento Jurídico Primero cuando destaca que, sea cual fuere el alcance interpretativo que haya que dar a la expresión *“separadas del resto”* las plazas *“son aptas para su uso”*.

El TS destaca que si bien la Sala de instancia acepta la existencia de deficiencias o de omisiones, lo bien cierto es que, en la apreciación de la prueba practicada, y remarcando la insuficiencia de una prueba que, en virtud de la regla general de distribución de carga de la prueba, incumbe a los propios demandados, puesto que alegan la excepción de incumplimiento, entiende que *“las puntuales deficiencias y omisiones constructivas”* que resaltan los demandados y después apelados, carecen de la importancia que señalan, pues no la refrenda la prueba pericial practicada en la instancia. De donde llega a estimar que la posición de los cedentes (demandados) se apoya en un *“malentendido incondicional derecho a recibir las viviendas y plazas de*

aparcamiento a plena y subjetiva satisfacción más allá de la voluntad plasmada en el contrato y a conveniencia de sus intereses desde una posición ventajosa", actitud que la Sala juzga "contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones". Tal estimación, pues, se apoya en una valoración de la prueba, que los recurrentes no combaten por la vía pertinente, y esta Sala ha de respetar, dada las limitadas atribuciones sobre revisión probatoria que se dan en el ámbito de la casación, ceñidas a la posibilidad de un error de derecho, que exige que se señale el concreto precepto valorativo que ha resultado infringido, y que se precise el concepto en que lo ha sido, con el razonamiento adecuado en orden a justificar que, de haberse aplicado correctamente, cabría sentar la base fáctica precisa para obtener el efecto jurídico que se pretende (SSTS 16 de marzo de 2001, 22 de abril, 5 y 30 de noviembre de 2004, 10 de febrero y 23 de mayo de 2005 , etc.); o bien a la invocación de la doctrina constitucional sobre el error patente (STS 30 de octubre de 2007 , y las que allí se citan).

En consecuencia resalta la importancia de la prueba, y la insuficiencia de la misma en ese caso, siendo a los demandados a quienes correspondía la misma, al oponer la excepción de cumplimiento. Sin embargo del análisis de la prueba que se ha practicado sobre deficiencias u omisiones de la obra en relación con lo proyectado y convenido, la Sala de instancia calificó las citadas deficiencias como “*carentes de relevancia para justificar la negativa a recibir la obra, y señala, no obstante, que los defectos u omisiones pueden acaso dar pie a pretensiones dirigidas a corregirlos o a obtener reparación o compensación*”, pero los demandados ahora recurrentes no han solicitado dichas pretensiones mediante la correspondiente reconvencción en el presente caso. Por lo tanto, la Sala de instancia ha formulado un juicio de valor que tiene su base en una apreciación fáctica que, puesto no ha sido debidamente combatida, impide otra valoración por parte del Tribunal de casación.

Si bien se tratará más en profundidad la distinción entre la falta de entrega y retraso no resolutorio, la obra con todos sus caracteres debe ser entregada en el tiempo pactado,

y recuerda GARCIA GARCIA¹⁶², que la simple demora no es siempre un retraso resolutorio, (STS 21 de octubre de 1999; 13 de diciembre de 2002).

La obra a construir, es decir los diferentes pisos o locales, no existen en el momento de la contratación, si bien ello no es obstáculo para su ulterior existencia.

Si bien será objeto de análisis más detallado, la complejidad que conlleva la transmisión de cosa futura, al tratar de las obligaciones del cesionario, no podemos dejar de advertir que la contraprestación que recae sobre los pisos, locales trasteros, o garajes a construir, recae sobre cosa futura.

Y ello nos lleva a la distinción entre “*emptio rei speratae*” y “*emptio spei*”, es decir dentro de la compraventa de cosa futura debe recordarse que se conocen tradicionalmente dos modalidades, a las que se refiere la STS de 30 de octubre de 1989, ya mencionada, la primera de ellas “*emptio rei speratae*”, presupone necesariamente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, después de que la misma ha alcanzado realidad física, a la par de desplegar la actividad necesaria para que esta existencia llegue a tener lugar, de manera que el contrato se desnaturaliza, como venta de cosa futura, si el vendedor no tiene la obligación de esencial de entrega, por tanto no hay inconveniente en la calificar de venta de cosa futura a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere en función de su terminación, y el vendedor asume la obligación de entregarla una vez este finalizada.

Como más tarde tendremos ocasiones de analizar, en las obligaciones del cesionario, señala ROGEL VIDE¹⁶³ que la fundamental diferencia entre ambas modalidades consiste en que en la *emptio rei speratae* la perfección tendrá lugar cuando la condición se cumpla, es decir, cuando la cosa esperada adquiere existencia o nazca. Desde entonces los riesgos de la cosa pasarán al comprador, si bien éste último salvo pacto en contrario, sufrirá la pérdida en caso de que no tuviere culpa el vendedor.

¹⁶²Vid. GARCIA GARCIA, JOSE MANUEL: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Navarra, 2009

¹⁶³Vid. ROGEL VIDE, CARLOS, *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1975 , pg 28 y ss.

En la *emptio spei* el objeto de la venta no es la cosa futura en si misma, sino la probabilidad que se presenta en relación al sí y cuanto de la producción o existencia de la misma. Es decir en este caso el contrato asume un carácter de aleatorio que no tiene en el caso la *emptio rei speratae*.

Si la cosa que fuera esperada no llegara a nacer o existir, la venta se consideraría inexistente por falta de objeto. Si embargo en la *emptio spei*, o compraventa de esperanza, el comprador se obliga frente al vendedor a entregar el precio pactado aunque la cosa que el vendedor debe entregar no nazca.

En conclusión, se admite el contrato de “*permuta rei speratae*”, como permuta sobre cosa que se espera venga a existir, asumiendo el cedente los riesgos hasta la existencia y terminación; pero no cabe el contrato de “*permuta spei*”, pues como se verá la obligación del cesionario para que la cosa se convierta en realidad lo impediría.

Así mismo, en relación con la obra, debe indicarse que será requisito indispensable que la misma se ajuste a la licencia que debió haberse obtenido, para poder llevarla a efecto.

Al tiempo, conjugando la legislación urbanística para que pueda inscribirse la obra nueva, se requiere tanto si se trata de obra en construcción como si es de obra ya concluida: la correspondiente escritura pública con la descripción de la obra, la certificación administrativa (si fuere ente publico), la correspondiente licencia, así, como si la obra esta terminada el certificado de final de obra o documento que lo sustituya como notificación de la licencia de ocupación o cedula de habitabilidad.

Desde esta punto de vista cuando se pretende la inscripción de títulos relativos a obras o viviendas o aprovechamiento independiente de una obra, que figura como “en construcción”, el Registrador hará constar que esta pendiente la nota marginal acreditativa de la finalización de la misma obra.

Para la inscripción de la obra terminada, se requiere también la declaración mencionada, de haber terminado la obra y de que ésta es acorde al proyecto y licencia otorgada, Sin dichos requisitos, los futuros adquirentes no quedan amparados en toda su extensión, como terceros adquirentes de buena fe, por el principio de fe pública registral¹⁶⁴

La obra además debe estar concretada o ser determinable, lo que nos lleva a la siguiente cuestión, relativa a cuando se entiende determinada la obra.

B) Determinación

a) Planteamiento general

Es necesario establecer las reglas que rigen esta materia porque de ellas depende que el objeto del contrato sea posible, porque en parte se trata de cosas futuras y porque la transmisión de un objeto indeterminado va contra el principio de especialidad. La importancia de la cuestión se ve en el número de sentencias en que aparece. Sin embargo, en el desarrollo práctico de esta materia existen algunas posibles contradicciones, la legislación es parca y en algunos puntos parece que la jurisprudencia y cierta doctrina han ido más allá de la misma.

La cesión de suelo por obra tiene un doble objeto. Por ello el requisito de determinación se aplica doblemente: en cuanto al suelo que una parte cede, y en cuanto a los pisos que el cesionario promete a cambio. El art. 13 IRH hablaba de cesiones de suelo, algo que hay que tener en cuenta para entender ahora el par. IV cuando habla de la cesión. En la mayoría de ocasiones este suelo tendrá la condición de solar porque sólo así podrá el cesionario edificar y cumplir cuando se trata de hacer un edificio. En otros casos es perfectamente ajustado hablar de suelo porque a lo que se obliga el cesionario es a parcelarlo.

¹⁶⁴FUERTES, MERCEDES, *Urbanismo y publicidad Registral*, op. cit. pg 203; así como ARNAIZ EGUREN, RAFAEL, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, op. cit. pg 392

La determinación del solar ya ha sido objeto de análisis, recordando que, es bastante mas sencillo, pues en la mayoría de casos, basta con individualizar en el contrato la finca o fincas de que se trate, por su situación, linderos y demás caracteres identificativos. El art. 13 I RH no aludía a esta determinación.

El RH sí que había tenido en cuenta la determinación de la prestación del cesionario. En el art. 13 I se exigía que los pisos o locales a construir apareciesen descritos en el título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal, y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes. Ciertamente, el requisito de que los pisos o locales aparezcan identificados suficientemente parece que lo es de todos los contratos que tengan como objeto este tipo de bienes. Pero el precepto citado iba más allá del requisito civil de determinación y exigía que constase cierta información pensando ya en la inscripción registral.

Como ha afirmado la STS (3ª) de 6 de diciembre de 1969¹⁶⁵, el hecho de que los pisos sean cosa futura no impide la determinación de los mismos. El problema parece consistir en individualizar cuales son los elementos singulares que, al concurrir, permiten afirmar que la prestación sea, precisamente, bien determinada y concreta —como requiere esta sentencia. Este punto como ya se analizó no es mas que la concreción de la necesidad de que el objeto sea determinable, y en todo caso, como se desprende del artículo 1256, su determinación no puede quedar al arbitrio de una de la partes.

En caso de cesión de suelo por obra, la jurisprudencia exige que conste en el contrato una individualización suficiente de los pisos o locales a permutar por el solar, con indicación de su situación y extensión expresada en metros cuadrados (STS 24 de octubre de 1983¹⁶⁶ , pero nunca puede ser indeterminado. En ocasiones se admite una determinación flexible, como por ejemplo un piso de 130 a 140 m2 (STS de 12 de diciembre de 1988¹⁶⁷).

¹⁶⁵ STS de 6 de diciembre de 1969 (RJ 1969, 5611)

¹⁶⁶ STS de 24 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5340)

¹⁶⁷ STS de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9431)

En otros se hace una determinación parcial, por ejemplo, el piso de mayor extensión superficial de los comprendidos en el edificio. Se consideran elementos secundarios, y por tanto prescindibles, la determinación de la forma de pago del precio, si es al contado o a plazos, las garantías del aplazamiento, en su caso, o el pago de los gastos de otorgamiento de la escritura pública y de los impuestos correspondientes. Esta doctrina sobre el precio, prevista para la compraventa, es aplicable a la cesión de suelo por obra cuando existe un complemento en dinero. En efecto, si se pacta que una de las partes pague a la otra un complemento en dinero, éste también debe quedar determinado.

De hecho, la determinación se suele llevar a cabo mediante dibujos o planos. No se considera suficiente estipular que el cedente tendrá derecho a recibir un piso, sin más indicación. Éste fue el caso de la STS de 17 de febrero de 1998¹⁶⁸.

Como señala ARNAIZ EGUREN ¹⁶⁹ al tratar el problema de la inscripción de una obra nueva en construcción, la Ley del Suelo ha modalizado el sistema previsto en el artículo 8.4º de la Ley Hipotecaria. Así con el juego de ambas reglamentaciones la distinción de las obras nuevas por su grado de construcción se simplifica considerablemente, de modo que en esencia son dos: obra en construcción y finalizada.

Además la clasificación no lo es en función del momento en que contempla la edificación, sino del documento técnico que acredita el tipo de obra. Ha desaparecido la modalidad de edificio “meramente proyectado”, del artículo 8.4, inciso segundo de la Ley Hipotecaria, ya que no sería posible la inscripción de la nueva obra que se representa exclusivamente en la intención del dueño del suelo (o en su caso del cesionario).

Sólo los supuestos de obra proyectada, con proyecto técnico desarrollado que haya obtenido licencia, y por tanto están dotados de un elemento objetivo que permitirá su identificación concreta, pueden acceder al Registro.

¹⁶⁸ STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 629)

¹⁶⁹ ARNAIZ EGUREN, RAFAEL, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons, Madrid 2001, pg. 392 y ss.

Obra nueva en construcción que comprendería según ARNAIZ EGUREN, “*todo edificio cualquiera que sea su estado, a partir del momento en que se este dotado de la licencia correspondiente, en virtud de un proyecto técnico suficiente, que puede ser el de ejecución o el proyecto básico pendiente de desarrollo, hasta momento en que por técnico competente se declare su finalización*”

En cuanto a la extensión superficial, ha habido algún caso en que las partes sólo han establecido un mínimo de superficie que ha de tener la contraprestación, pero han callado sobre su máximo (así la STS de 5 de diciembre 1984¹⁷⁰). La STS de 19 de diciembre de 1988¹⁷¹, considera que la determinación es suficiente cuando las partes pactan que el cedente recibirá unos 400 metros cuadrados, si se añaden en documento privado de igual fecha las previsiones sobre lo que sucederá si la extensión final es mayor o inferior. Tampoco ha planteado problemas la determinación aproximada (STS 15 de noviembre de 1974¹⁷² : piso de 76 metros cuadrados aproximadamente; STS de 2 de enero 1976¹⁷³: local de negocio de 80 metros cuadrados de superficie aproximadamente).

Resulta aconsejable señalar en el contrato la naturaleza y calidad de los materiales a emplear en la edificación así como de los equipamientos (así art. 3.1 LCCF). Tal vez sea excesivo exigir que se determine el valor de las cosas que se permutan. En todo caso, para hacerlo puede incorporarse a la escritura pública que documenta la cesión una memoria de calidad de los materiales a utilizar, aunque indicar el valor de los mismos puede ser poco recomendable habida cuenta de su posible fluctuación en el mercado inmobiliario. La doctrina considera que señalar el valor del solar puede ser de gran utilidad para la eventual determinación pericial de la contraprestación.

b) Indeterminación. Efectos

¹⁷⁰ STS de 5 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6031)

¹⁷¹ STS de 19 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9477)

¹⁷² STS de 15 de noviembre de 1974 (RJ 1974, 4238)

¹⁷³ STS de 2 de enero de 1976 (RJ 1976, 22)

Antes de entrar a valorar las posibles formas de determinación del objeto, especialmente de la prestación del cesionario, debemos resaltar cuando podemos encontrar una verdadera indeterminación y cuales serían sus efectos.

Por un lado se plantea el caso en que las partes, al menos aparentemente, se han querido obligar a llevar a cabo una permuta, o cesión, pero el objeto del contrato es indeterminado, puede surgir la cuestión de si cabe integrar esta laguna. Problema distinto es el que se plantea cuando las partes no han determinado el objeto ni se articula la forma para ponerse de acuerdo en el futuro sobre la concreción de los pisos, sino que atribuyen la facultad de realizarla a una de ellas. En principio, el carácter esencial que el TS atribuye a dicha determinación debería comportar la nulidad del contrato. No parece que pueda traerse aquí la analogía con el contrato de obra para flexibilizar la exigencia de la determinación, pues la mayor flexibilidad se da en este contrato con relación a la determinación del precio, no de la obra. Parece que la obra debe estar determinada, al menos en cuanto a sus elementos fundamentales (art. 1273 CC). Sin que pueda dejarse la validez y cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes.

Así las cosas, cabe preguntarse si se puede adoptar una postura más flexible. Ello depende, obviamente, de cual sea el fundamento del requisito de determinación y de si éste permite dicha postura. El fundamento se encuentra esencialmente en consideraciones de tipo práctico. Las partes deben determinar el objeto del contrato de modo que sea reconocible para cualquiera de ellas. La determinación es necesaria para que la relación obligatoria pueda producir los efectos a que está destinada y es especialmente importante en caso de contratos sobre cosas futuras. La determinación permite al operador jurídico calificar el contrato, y sin ella es difícil no sólo solicitar el cumplimiento en caso de incumplimiento, sino incluso verificar si realmente se ha incumplido.

Sin olvidar que, la adecuada determinación del objeto constituye un instrumento de protección de la justicia contractual al evitar la arbitrariedad de una de las partes. El principal problema es que la indeterminación favorece al cesionario o constructor, que finalmente es quien tiene que cumplir con la obligación de entregar los pisos o locales, y

además puede ser perjudicial para el cedente u otro adquirente de un inmueble. El menor grado de vinculación que deriva de un contrato en el que al cesionario no se especifica cómo tiene ser la obra es evidente. Esto sucede cuando la prestación se describe sólo como un cierto porcentaje de la obra futura a entregar.

La indeterminación es un problema que viene favorecido en los casos de transmisión de finca a cambio del derecho de vuelo sobre el futuro edificio, como también en las ventas de cosa futura o venta sobre plano.

Como ya se ha señalado la doctrina no admite la inscripción de un derecho de sobreelevación sin contenido especificado de antemano, o al menos sin el establecimiento de las normas para una futura especificación. Al igual que en el caso ordinario de cesión de solar a cambio de obra, no cabe la utilización del término “varios” en el título constitutivo, sino que será necesario especificar el número de plantas o de sótanos a construir.

La claridad se observa cuando el derecho a constituir pretende tener acceso al Registro, en cuyo caso, de conformidad con el artículo 16.2 R.H. este derecho se inscribible conforme a las normas del apartado 3º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria y concordantes; y en la inscripción se hará constar “*Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.*” De tal manera que para dar cumplimiento al requisito indicado, es imprescindible que se haya determinado el objeto concreto del derecho de vuelo.

La indeterminación absoluta, sin que quepa integración alguna, lleva a la nulidad del contrato por falta de objeto¹⁷⁴. Sin embargo, si el objeto es determinable, bien por referencias a otros elementos, como mas tarde se verá o bien por haber sido atribuida la elección a un tercero, es perfectamente admisible. Incluso, como señala este autor cabe atribuir la elección dentro de unos limites a uno u otro contratante, siempre que hubiera una indeterminación inicial absoluta.

¹⁷⁴MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, *El contrato de permuta*, op. cit pg 358

No obstante lo ya señalado el acceso al Registro del derecho a favor del cedente sobre los pisos o locales, no podrá tener lugar si no se dan los requisitos de concreción y determinación que señala el RH, y de los que ya trataremos en profundidad más adelante¹⁷⁵

c) Determinación sucesiva

En general, las partes del contrato de cesión de suelo por obra están de acuerdo sobre el objeto del contrato en el momento de su celebración. Sin embargo, es frecuente que en éste, como en otros contratos donde una de las prestaciones es de obra, la prestación se desdibuje, porque las partes dejen deliberadamente algunos aspectos de la misma sin establecer. En la cesión de suelo por obra, este hecho puede venir motivado por el dinamismo del sector inmobiliario y las fluctuaciones de precios.

Lo primero que hay que preguntarse es si existe verdadera voluntad de contratar, pues de no existir ésta, habría que descartar que hubiese un contrato. Es decir, si la falta de determinación inicial es tan obvia, que no permite llevarse a efecto de manera objetiva, no solo la falta de determinación llevaría a la nulidad del contrato por falta de objeto, sino que tampoco concurriría consentimiento. Para resolver esta cuestión, deben resultar de la declaración de voluntad de las partes su inequívoca intención de quedar vinculados contractualmente. No existe esta intención si sólo se ha pretendido iniciar unas negociaciones, o incluso la mera promesa de contrato. La ejecución parcial de las prestaciones tal vez podría servir de indicio de aquella voluntad.

Constatado que existe la misma, se trata de establecer si las partes pueden dejar la determinación del objeto del contrato para un momento posterior, aun cuando falten en el mismo criterios de determinabilidad. En nuestra opinión, las partes pueden concretar ulteriormente los pisos o locales sujetos a la permuta o cesión, bajo ciertos límites, que fundamentalmente consisten en que sean determinables.

¹⁷⁵ Vid. apartado II, Capítulo I, Segunda Parte

De este modo, las partes pueden diferir la determinación última siempre que recaiga sobre elementos inmobiliarios de la misma especie. Especie puede interpretarse aquí de dos formas: a) en referencia a las distintas clases de elementos inmobiliarios (pisos, locales, garajes, trasteros); y b) en referencia a las características comunes de elementos inmobiliarios de la misma clase (pisos de la segunda planta, garajes cerrados, locales con oficinas). Una determinabilidad del primer tipo quizás dejaría demasiado margen al constructor (cfr. arts. 1256, 1449 CC). No obstante la permite la jurisprudencia también, que admite que se conceda a una parte la posibilidad de elegir entre locales individualizados (de hecho es frecuente: v.gr. SAP Jaén, Secc. 1ª, de 27 de septiembre de 1996¹⁷⁶, donde se permite elegir entre los pisos de diferentes plantas y orientación; STS de 2 de enero de 1976¹⁷⁷, donde se permite elegir un local comercial en la planta baja del edificio o bien lonjas).

En apoyo de la segunda interpretación, donde se concede ciertamente una opción al cedente, podría traerse la STS de 10 de marzo de 1990¹⁷⁸. En este supuesto como declara la sentencia, *claramente está configurando un vínculo genérico entre los tan repetidos contratantes, ahora demandante-recurrido y demandados-recurridos, de índole atípica, conforme a las modernas orientaciones, determinante de un contrato de tal índice y naturaleza, por el que el transmitente de una finca --en este caso doña Juana y don Miguel - conviene recibir a cambio de quien proyecta construir en el terreno que ocupa un precio consistente parte en metálico y otra parte en un piso a elegir entre los que se*

¹⁷⁶ SAP Jaén de 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 1831)

¹⁷⁷ STS de 2 de enero de 1976 (RJ 1976, 22)

¹⁷⁸ STS de 10 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1685) (Tirant on line TOL1.729.143): En ella se crea un vínculo que los intervinientes en el propio documento establecen como venta y permuta, cuyo precio se había fijado en un millón quinientas mil pesetas, de las que trescientas se entregaron como señal y a cuenta y un millón doscientas mil pesetas a la firma del contrato, que sirve de eficaz y formal carta de pago, así como entrega a la terminación de la obra que había de ser llevada a cabo de un piso, con la particularidad de que se concedía a don Víctor Manuel, la facultad de elegir de entre todos los construidos, en dicha obra, dentro de un plazo de diez días desde que fuere notificado para ello por don Carlos Manuel y también de entrega a la terminación de la misma obra la totalidad de los locales a excepción de los espacios mínimos, exigidos por los organismos oficiales, tanto para los servicios de la casa y entrada del garaje del sótano, pudiendo dar uso distinto de éste el referido don Carlos Manuel, en cuyo caso quedará en poder éste en propiedad de los mismos metros cuadrados del local que hubiera sido necesario para la entrada y rampa del garaje, y debiendo entregarse la finca libre de inquilinos en el plazo máximo de catorce meses a partir de la firma del expresado documento.

construyan y los locales con limitaciones establecidas con relación a éstos, y cuyo vínculo jurídico, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia en manera alguna cabe considerar como inexistente, sino realmente existente, en cuanto tiene adaptación al principio de libertad de pactos que consagra el principio «pacta sunt servanda» y expresamente reconoce el artículo 1.255 del Código Civil, y en cuanto ciertamente se da la concurrencia de consentimiento, objeto cierto y causa requeridos por el artículo 1.261 del precitado Cuerpo legal sustantivo; y a lo que no cabe oponer las objeciones que para el reconocimiento de la existencia del expresado contrato pone de manifiesto la resolución impugnada en el segundo de sus Considerandos, debido a que si evidentemente en el contrato tan mencionado uno de sus objetos - el piso- no viene concretado en su superficie, ni otras características esenciales como tipo de construcción, calidad, etc., ello no implica la necesidad de que se produzca sobre ello un nuevo convenio entre los contratantes, determinante de una equivalencia a falta de objeto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.273 del Código Civil, en relación con los 1.445 y 1.541 del mismo Código, desde el momento que el indicado artículo 1.273 expresamente previene que la indeterminación en la cantidad no es obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, ...¹⁷⁹”

Por ende, se admite y se considera que sí es determinable, el supuesto, en que el objeto de la prestación del cesionario, el o los pisos o locales, queden a elección del cedente, de entre los que el cesionario construya en el edificio, configurándose como una obligación alternativa en este caso.

d) Determinación mediante porcentajes

¹⁷⁹ Precisamente, esta posibilidad de determinarla sin nuevo convenio entre las partes es lo que ocurre en el supuesto de autos, donde se estableció que fuera D. Víctor Manuel el que elija entre los que construya don Carlos Manuel en la obra que habría de llevar a cabo como consecuencia de la adquisición del inmueble a que se viene haciendo referencia. Esta opción genera adecuada determinación regida por el citado artículo 1.273 del Código Civil, puesto que para determinar cuál ha de ser el piso a entregar por parte de don Carlos Manuel, como consecuencia de lo convenido en el contrato en cuestión, a don Víctor Manuel, *basta con que éste elija de entre los que aquél construya en la casa referida, toda vez que para ello no se precisa de nuevo convenio referente a características del a elegir, sino simplemente la manifestación por parte de don Víctor Manuel dentro del plazo de diez días concedidos al respecto, de cuál elegía de entre los construidos.*

También es muy frecuente que las partes simplemente estipulen que el cesionario entregue al cedente un determinado porcentaje de la construcción —o de parte de la misma, v.gr. STS de 27 de junio de 1992¹⁸⁰ o STS de 16 de diciembre de 1996¹⁸¹: 20% de las viviendas y trasteros, pero no de los locales— una vez acabada, como contraprestación a la cesión del solar. Por ejemplo, se pacta que el cesionario entregue el 20% del volumen de la obra porque se considera que tendrá el mismo valor que la obra cedida (STS 30 de mayo de 1986)¹⁸² No se trata de un supuesto de absoluta indeterminación del objeto del contrato, o de venta de aquello que quieras, porque las partes delimitan al menos en parte el contenido de la prestación del cesionario; pero tampoco se especifica cuáles son los pisos o locales concretos que va a recibir el cedente. No se trata en este caso de una obligación alternativa, porque no se determinan las posibles prestaciones entre las que luego deberá decidirse. A causa de esta relativa indeterminación del objeto del contrato, se afirma que es un contrato que ha de canalizarse por la confianza en la contraprestación del cesionario. En principio, parece que cuando las partes determinan la prestación del cesionario con un porcentaje están presuponiendo que todos los pisos o locales tendrán unas características idénticas o similares, de modo que lo importante no es el *quale* sino el *quantum*. De ello tal vez podría derivarse la importante consecuencia de que el cesionario que construyese pisos o locales de calidad inferior al resto y concretase el porcentaje debido al cedente sobre ellos posiblemente estaría incumpliendo el contrato. Ello no impediría al cesionario mejorar determinados pisos o locales que proyectase quedarse, siempre que respetase un estándar de calidad razonable para el resto.

Y esta es la línea que sigue la jurisprudencia, conforme a la cual las cesiones de suelo a cambio de un porcentaje de la obra son válidas. En este sentido, si construimos la cesión de solar, mediante la propuesta que mantenemos como más beneficiosa, observamos que el cedente transmite una cuota sobre el solar, y la comunidad que de ello resultara se transformará más tarde en una comunidad ordinaria sobre el resultado de la

¹⁸⁰ STS de 27 de junio de 1992 (RJ 1992, 5562)

¹⁸¹ STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8980)

¹⁸² STS 30 de mayo de 1986 (RJ 1986, 8128).

obra, que dará paso a la propiedad horizontal. Por tanto la determinación del objeto de entrega por el cedente mediante un porcentaje tendrá perfecta cabida.

e) Permuta genérica

Debemos detenernos también en analizar qué sucede en aquellos casos en que las partes convienen una permuta genérica de inmuebles. Por ejemplo, el cesionario promete al cedente un piso y un garaje, o dos locales comerciales y un trastero, o simplemente dos casas en estos casos, siempre que en el momento de la consumación, sea posible sin necesidad de un nuevo pacto entre las partes, determinar el objeto será admisible, por entender que se trata de objeto determinable, aun cuando la permuta se califique de permuta genérica.¹⁸³

Lo que no parece que pueda admitirse por aplicación también del artículo 1449 C.c., es una pura permuta genérica de inmuebles, donde la determinación concreta de los pisos o el señalamiento del objeto quede al arbitrio de uno de los contratantes, además de ser por indeterminación del objeto. Por el contrario, sería válida la venta de un lote a destacar de un determinado bien inmueble, considerado por las partes como género limitado (así en STS de 14 de octubre de 1985¹⁸⁴ se refiere a la venta de porcentaje de los solares que resulten de una urbanización). Siempre que sí se especifique el objeto con caracteres generales, cantidad volumen etc., aunque no se individualice.

Como señalábamos al inicio, partimos de la diferenciación entre objeto no determinado, o indeterminable. La sentencia de 14 de junio de 1996¹⁸⁵ en un supuesto de compraventa de plazas de aparcamiento del inmueble donde se alegaba la indeterminación del objeto y del precio de dichos inmuebles para sostener la validez del

¹⁸³MERINO HERNANDEZ JOSE LUIS: *El contrato de permuta*, Tecnos Madrid, 1978, pg 358

¹⁸⁴ STS de 14 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4842)

¹⁸⁵ STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 4772)

embargo trabado; se concluye que sí existió objeto, si no determinado, sí determinable, lo que se ampara bajo el artículo 1273 del C.c. siempre que la determinación no requiera que los contratantes hayan de ponerse nuevamente de acuerdo sino que baste la aplicación de los criterios que establecieron.

Si el contrato de cesión de suelo por obra sólo menciona un piso o un local, la individualización ha de considerarse insuficiente, a menos que, por ser todos los pisos o locales de idénticas características (si es que esto es posible), no quepa mayor individualización (así se observa en la STS de 17 de febrero de 1998¹⁸⁶).

En conclusión, la determinación en caso de permuta genérica, según señala MERINO HERNANDEZ¹⁸⁷, no puede hacerse de manera completa por una de las partes; éste sería el caso de no haber fijado en el contrato de permuta ni el emplazamiento, ni la extensión, ni el valor, ni el número de pisos o elementos a transmitir por el cesionario al cedente del solar. Pero si en el contrato se hubiera previsto una cierta determinación, aun cuando no sea completa, bien por los metros cuadrados a recibir, o el número de pisos, pero falta una última determinación, no hay inconveniente en que el constructor permita la elección al cedente o incluso la elección la otorguen a favor del cesionario. En todo caso lo que será imprescindible para que se pueda producir la adquisición del dominio por parte del cedente sobre los pisos o locales, es que en dicho momento los pisos o elementos si estén perfectamente determinados y especificados.

f) Determinación cuando hay varios cedentes

El problema de indeterminación del objeto del contrato se agudiza cuando se ceden solares pertenecientes a titulares distintos, lo que lleva a la necesidad de determinar que pisos o locales se deben entregar a cada uno de ellos, además de aquellos que quedarán en poder del cesionario.

¹⁸⁶ STS de 17 de febrero de 1998(RJ 1998, 629)

¹⁸⁷ MERINO HERNANDEZ JOSE LUIS: *El contrato de permuta*. Tecnos Madrid, 1978, pg 358

El TS suple la indeterminación de la prestación y salva al contrato de la nulidad, en un supuesto en que la voluntad de contratar se desprendía claramente del tenor del contrato y del hecho de haber dado comienzo a la ejecución de las prestaciones. El criterio acogido para atribuir la contraprestación es el proporcional, de modo que cada cedente recibe una parte de la edificación de distinta superficie con arreglo a la proporción de lo que cedió. Lo que en tales casos se produce, como destaca LUCAS FERNANDEZ¹⁸⁸, es una comunidad, de tal manera que los pisos o locales accederán a las distintas participaciones en el solar. Deben existir en opinión de este autor, verdaderos pactos particionales, unidos a un convenio de edificación.

IV.- Causa

La causa del contrato tal y como dispone el artículo 1261 constituye un elemento esencial. Existen dos concepciones de causa, la objetiva, que entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, esto es, el fin que el contrato persigue en el tráfico jurídico. Y la subjetiva, entendiendo por tal la finalidad misma que las partes buscan al celebrar el contrato.

Como ya se citó con anterioridad, para DE CASTRO¹⁸⁹ la causa puede ser el elemento determinante de un tipo contractual, de ahí que se conciba la causa como aquel elemento presente en todo contrato, y que consiste en la función social que el mismo cumple o la necesidad social a la que responde, de tal modo que se identifica la función económico social del contrato con la causa misma, siendo pues un concepto objetivo, que permite así determinar el tipo de contrato.

Estas dos acepciones se ponen de manifiesto en la STS de 30 de diciembre de 1985¹⁹⁰ cuando indica “*es de señalar lo que prácticamente aparece en todas las cláusulas,*

¹⁸⁸LUCAS FERNANDEZ FRANCISCO: “La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de la aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir”, *RDN* 1967, pg 277 y ss.

¹⁸⁹DE CASTRO, *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 163 y ss.

¹⁹⁰STS de 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6620). El caso se refiere a la interpretación de un contrato recogido en documento privado, por el que el recurrente vende al recurrido dos parcelas de terreno urbano,

viniendo a ser una constante en el pacto, que es una finalidad perseguida por los contratantes, que no es el simple trueque de cosa por precio, sino la construcción de unos apartamentos, hasta tal punto que viene a configurarse como verdadera causa del contrato, cuyo concepto, como uno de los elementos esenciales de todo contrato (artículo 1262.3 del Código civil) tienen ciertamente un sentido objetivo en la definición genérica del artículo 1274 (contraprestación, servicio que se remunera, liberalidad) ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes, que la jurisprudencia clásica tuvo bien cuidado en mantener, pero que es totalmente compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición modo, viniendo a constituir parte de aquella, a manera de causa impulsiva y determinante tanto de su licitud como de su ilicitud (supuesto de fraude de acreedores del artículo 1111) siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes.”.

Como también recoge la citada sentencia, esta modalidad de causa, que da relevancia a los motivos o móviles particulares de los contratos, tuvo su desarrollo legislativo en Derecho comparado, y en particular el Código civil italiano de 1942. En él se recoge la relevancia de estos motivos, no solo en relación a algunos actos jurídicos particulares, como testamentos (artículo 626) o donaciones (artículo 788), sino también con carácter general. Y así el artículo 1345 declara ilícito el contrato cuando el motivo que llevó a celebrarlo es un motivo ilícito común a los dos. Esta doctrina repercutió también en España, y se llegó a crear una posición unánime y reiterada que comienza con las sentencias de 2 de abril de 1941¹⁹¹, 12 de abril de 1944¹⁹², o 12 de abril de 1946¹⁹³, y van seguidas por muchas otras hasta la fecha. Con ello y en relación al caso enjuiciado el TS señala que “ *las partes de común acuerdo, haciendo uso de la libertad contractual del*

cuyo precio se acuerda pagar parte en dinero a la firma, parte cuando se apruebe por el correspondiente Ayuntamiento el anteproyecto de obras, parte con la entrega de un apartamento de los que se van a construir, parte con la entrega de un local-deposito para utensilios marinos, y la diferencia a pagar en el plazo de dos años desde la obtención de los referidos permisos para la edificación de los apartamentos, que aparecen fijados como condicionante de la operación. Se concede la tiempo al comprador un derecho de resolución con la consiguiente devolución por el vendedor, e igual derecho de opción se concede al comprador.

¹⁹¹ STS de 2 de abril de 1941 (RJ 1941, 493)

¹⁹² STS de 12 de abril de 1944 (RJ 1944, 435)

¹⁹³ STS de 12 de abril de 1946 (RJ 1946, 418)

artículo 1255 del Código, elevaron la finalidad particular perseguida a causa determinante del contrato, poniéndola como condición del mismo -cuya inobservancia también se denuncia en el motivo cuarto- de indiscutible admisibilidad pero con el triple límite que el indicado precepto establece, en el sentido que su licitud y consiguiente validez del pacto, dependía de que, legalmente se pudiera efectuar la construcción, pues caso contrario sería ilícita por contraria a ley-ilicitud legal- y chocaría con el precepto del artículo 1975, a cuyo tenor los contratos con causa ilícita-y lo es “cuando se opone a las leyes”-no producen efecto alguno.

La búsqueda de la causa subjetiva será en este contrato de esencial importancia cuando las partes no hayan definido el mismo, y aun mas cuando nos encontremos con una entrega dineraria.

En estos supuestos, la diferenciación entre permuta y compraventa, pasará por determinar cual es la causa del contrato, así el artículo 1446 C.c. señala “*si el precio de la venta consistiere parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando esta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en caso contrario*”

Señala LACRUZ BERDEJO¹⁹⁴, que para que se produzca un cambio de trascendencia real, en nuestro Ordenamiento, por aplicación del artículo 609 C.c., se requiere la concurrencia de dos elementos, a decir, el contrato y la tradición. El contrato es la causa de la atribución patrimonial, y la tradición es el elemento que la realiza.

Para la eficacia del cambio real es esencial la causa; de ahí que la inscripción manifieste la causa de la transmisión: esto es la inscripción de una compraventa o permuta, pero la inscripción en el Registro carece en sí misma de causa, pues no es un

¹⁹⁴LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, *Elementos de Derecho Civil III bis Derecho Inmobiliario Registral* Dykinson, Madrid 2003, pg107

negocio jurídico. Esta realidad entronca con el problema a cerca de si eso no indispensable que la inscripción manifieste la causa del cambio real que publica.

Al respecto podemos encontrar posiciones diversas. ROCA SASTRE¹⁹⁵ entiende que no debe ser inscribible el acuerdo de transmitir sin referencia a su causa, ya que el título ha de contener la totalidad del iter transmisivo, y los contrato, conforme el artículo 609, formarán parte de él. Por ello, un título abstracto no es verdadero título capaz de inscripción según el artículo 2 LH. También PEÑA BERNALDO DE QUIROS¹⁹⁶, era partidario de la no admisión de los negocios abstractos en nuestro ordenamiento, por cuanto sin la expresión de su causa no se podría determinar si lo que llega al Registro es un título traslativo ciertamente, ya que solo son algunos contratos títulos traslativos; las exigencias formales de la inscripción se dificultan, o imposibilitan ya que toda inscripción debería expresar el título que se inscriba.

En todo caso LACRUZ BERDEJO indica ante esta polémica, que debemos separar el problema de la causalidad de los cambios reales y si la causa debe expresarse en el título; de manera que la transmisión cuya causa no se exprese, no tiene porque ser necesariamente abstracta. Lógicamente en este caso o cuando se expresa la causa de manera ambigua el Registrador tendrá mayor dificultad para calificar la validez del acto dispositivo, cuando éste aun siendo causal no manifiesta su “total naturaleza”.

V.- Forma

Mientras en otros ordenamientos, como el italiano, el contrato de cesión de suelo por obra requeriría una forma escrita *ad substantiam*, en el nuestro no está sujeto a forma solemne, de acuerdo con el principio espiritualista que preside el derecho de contratos (art. 1278 CC). De aplicarse las reglas sobre permuta, pueden distinguirse dos grupos de ordenamientos: unos que exigen una forma solemne para ella, como el alemán, y otros que no como, además del español, el francés, o el austriaco.

¹⁹⁵ROCA SASTRE RAMON, ROCA-SATRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, op. cit

¹⁹⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, MANUEL, *Derechos Reales-Derecho Hipotecario*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales, 3ª edición Madrid 1999, pg 538

En particular el Derecho alemán dado su carácter formalista y siendo objeto de este contrato una transmisión inmobiliaria, será necesaria la documentación pública (judicial o notarial) ex artículos 313 y siguientes del BGB.

En nuestro Derecho, salvo que el contrato pretenda tener acceso al Registro, donde sí se exige la escritura pública, no podemos entender que la forma sea un requisito necesario para la eficacia de este contrato de carácter consensual. Conforme a la opinión hoy dominante, podría sugerirse una interpretación alternativa, armónica con el art. 1279 CC, que se limite a entender que este precepto solamente faculta a las partes contratantes para exigirse mutuamente el otorgamiento de una determinada forma especial. El Código Civil, a diferencia de otros códigos, no contiene esta exigencia con relación a la permuta inmobiliaria.

La STS de 24 de noviembre de 1993¹⁹⁷ se refiere a un contrato formalizado por las partes en documento privado de fecha 19 de mayo de 1978, que tenía por objeto, en síntesis, conceder a "Gaztena, S. A." el derecho a construir sobre un solar a la fecha propiedad de los actores, debiendo quedar terminado el edificio en el plazo de tres años, "adquiriendo los cedentes" las plantas y viviendas que se especifican, es decir nos encontramos como reiteradamente señala el TS con un contrato atípico *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque puede asimilarse a la permuta con prestación subordinada de obra, subsumible por analogía en el art. 1.538 (Sentencias de 2 de enero de 1976, 12 de febrero de 1979, 7 de julio de 1982, 31 de octubre de 1986, 5 de julio de 1989 o la de 7 de junio de 1990 , entre otras). Al referirse a la forma de este contrato señala: *precisado lo anterior para una mayor claridad expositiva, ha de decirse lo siguiente: a) La normativa del art. 1.280 del Código Civil no comporta la exigencia de formalidades ad solemnitatem sino tan sólo ad probationem, si bien "los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez" (art. 1.279 , en relación con el que le precede), b) Es evidente que los recurrentes no pueden ser considerados terceros en la relación contractual establecida*

¹⁹⁷STS de 24 de noviembre de 1993, (RJ 1993, 9210)(Tirant on line TOL1.663.586)

con los actores, c) No se argumenta en qué sentido haya podido infringir la Sala de Instancia el art. 24 de la Ley Hipotecaria, que versa sobre la fecha de la inscripción registral, y está absolutamente fuera de lugar la cita de los arts. 149 a 152 de dicha Ley, que se refieren a la enajenación o cesión del crédito hipotecario, d) Es igualmente inoperante la cita del art. 1.218 del Código Civil, sobre fuerza probatoria de los documentos públicos, como lo es la del art. 1.526 sobre la cesión de un crédito, derecho o acción, que al parecer, parte del error de considerar que la aportación de solar para la construcción pueda encuadrarse en el supuesto del precepto, e) En definitiva, este confuso submotivo debe rechazarse por cuanto se pretende en él configurar un inexistente incumplimiento de los actores y olvida que la Sentencia de instancia declaró "perfectamente acreditado el incumplimiento por parte de los demandados" y que, respecto al "hecho de no haberse elevado a público aquel documento privado", advierte "no ser ello ni siquiera indispensable para solicitar y lograr la calificación provisional de viviendas de protección oficial", y que "lo cierto es que la no construcción del edificio, luego de superados los problemas urbanísticos iniciales, ha venido motivada fundamentalmente por la inactividad e inoperatividad mercantil de la empresa constructora desde hace ya varios años», sin que tenga consistencia el argumento de los recurrentes basados en que no se transmitió por los actores el dominio del solar - alegación que contrasta con el hecho de que el solar se entregó a los demandados-, Pues ello no era necesario estrictamente para llevar a cabo la construcción en virtud del contrato consensual celebrado, y en cuanto a que pudiera haberse obstaculizado la posibilidad de que los recurrentes obtuvieran préstamos con garantía hipotecaria, nada se pactó al respecto y, por tanto, no implica incumplimiento alguno de los Sres. Javier y Inocencio”

Lo que sí es cierto es que el otorgamiento de escritura pública permitirá al cesionario inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad (art. 3 LH), y con ello hipotecar el solar. Además facilitará la prueba del contrato.

En ocasiones, las partes prefieren —en lugar de otorgar un único documento— formalizar su acuerdo en dos documentos distintos, uno de permuta de suelo por vuelo y otro de contrato de obra. En otros casos, se otorgan tantos documentos como solares se

ceden. Se entiende entonces que existe un único contrato, la fecha de perfección del cual no es la del otorgamiento de la última escritura pública sino la de la conclusión del acuerdo (arts. 1254 y 1258 CC), que puede estar recogido en un mero documento privado (RTEAC, Sala 1ª Vocalía 6ª, 23 de julio de 1999).

Cuando el contrato se formaliza en varios documentos, pero queda una única situación, con los mismos sujetos y objetos, uno de permuta y otro de compraventa, con la finalidad de dar cumplimiento al primero, el STS ha entendido (STS 17 de mayo de 2000)¹⁹⁸ que constituyen una única relación contractual.

Alrededor de la forma se suscitan algunos problemas cuando las partes pactan inicialmente una compraventa de un solar y en el mismo día formalizan una permuta en la que el comprador se obliga a edificar, por ejemplo, un piso y un garaje, y en ella se fija el tiempo en que debe finalizarse la construcción. La STS de 8 de noviembre de 1974¹⁹⁹ entendió que se había dado una prórroga temporal para la entrega de los elementos a construir. Es decir, aun cuando al contrato inicialmente se le de forma y denominación de compraventa, habrá de estarse como ya indicábamos con anterioridad, a la verdadera voluntad de las partes, para determinar si es una venta de solar y posterior venta de pisos o locales, o se trata de una verdadera permuta o cesión de solar a cambio de obra.

Si bien no es excesivamente frecuente, hay ocasiones en que las partes acuerdan un contrato preliminar o precontrato, quedando así comprometidos a la ulterior celebración del contrato de cesión por edificación futura. Esta opción es la elegida por las partes en el supuesto de hecho de la STS de 23 de enero de 1989²⁰⁰ “...de los presupuestos de hecho que se han dejado reseñados en el fundamento primero resulta casacionalmente inatacable la calificación que del pacto o convenio plasmado en el indicado documento privado hace la Sala de instancia al considerarle como una promesa de contrato (precontrato o contrato de promesa de futuro contrato según los diversos sectores

¹⁹⁸ STS de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3582)

¹⁹⁹ STS de 8 de noviembre de 1974 (RJ 1974, 4132)

²⁰⁰ STS de 23 de enero de 1989 (RJ 1989, 114)

doctrinales que sobre el tema discurren), por cuanto de su estudio resulta evidente, que las partes que lo suscriben en el momento de su firma lo único que hacen es señalar en términos generales las líneas del específico contrato que en su momento pretenden realizar, dejando para el futuro -30 de abril de 1995- su conversión en definitiva y perfecta permuta siempre que se cumplieran los requisitos que para tal fin se señalan en la negociación previa, circunstancias éstas que si bien presuponen el aceptar un cierto grado de compromiso, no implican que los intervinientes hubieran querido vincularse definitivamente. No se trata por tanto, pese a la calificación que las partes hacen en referido documento, de una opción de contrato, ni tampoco como indica la sentencia de Primera Instancia de un contrato definitivo de permuta, sino cual se ha indicado, de una promesa de contrato, precontrato o promesa de futuro contrato, calificación ésta que exige adentrarse en el examen de sus efectos, lo cual se llevará a cabo con ocasión de estudiar el cuarto motivo, siendo aquí de señalar únicamente para concluir con la contemplación del tema, que se trata de una promesa bilateral de contrato.”

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 14 de diciembre de 1992²⁰¹ al decir: *“No podía ser una opción de compra porque no existía directamente determinado el precio, mas bien se trataba del contrato preparatorio, o el precontrato, de otro contrato atípico “do ut des”, próximo a la permuta, en el que el cambio se refería a una cosa presente por la prestación de una cosa futura.”*

En algunas ocasiones, los Tribunales se han enfrentado con supuestos en que las partes no habían celebrado un contrato de permuta, sino dos contratos de compraventas recíprocas con los precios compensados (entre otras, la cit. STS de 12 de junio de 2000, o la de 17 de mayo de 2000). Las partes celebran, de este modo, un contrato que recogen en un documento privado: en éste, el comprador se compromete a otorgar escritura pública por precio confesado. En estos casos, el TS recuerda con buen criterio que el actor no puede pretender que los dos contratos de compraventa sean tratados por separado, como si fueran independientes, puesto que cada venta se celebra a efectos de dar cumplimiento al contrato de permuta. *“Se da una situación de dos contratos con los mismos sujetos y el mismo objeto, de fechas casi simultáneas, uno de permuta y el otro*

²⁰¹STS de 14 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10402)

de compraventa, que la sentencia de la Audiencia Provincial ha declarado acreditada: la venta lo fue a los meros efectos de dar cumplimiento al contrato de permuta. Por tanto hay un solo contrato, que es de permuta, y uno complementario de compraventa que en suma constituyen una sola relación contractual” .

Un criterio para delimitar la permuta y el caso en que existen dos ventas diferentes y sin relación la una con la otra, con posterior compensación de los precios, consiste en entender que hay una permuta cuando se celebran dos compraventas, si según la intención de las partes ninguna de las dos se hubiera celebrado sin la otra.

Analiza SERRANO CHAMORRO²⁰², la importancia que deriva de la plasmación de este negocio en una forma u otra. Así considera preferible otorgar escritura pública de permuta de solar por los pisos convenidos según proyecto que se acompañe a la escritura. Dicha escritura sí es registrable al amparo de los artículos 2, y 3 de la L.H.

No deja de advertirse, que en ciertas ocasiones, fundamentalmente con un interés de fraude fiscal, nos encontramos verdaderos negocios de simulación. En la mayoría de las ocasiones, pese a que el contrato se refleje en dos documentos, no estamos ante un hecho ilícito. Para que exista simulación siguiendo a CARCABA FERNANDEZ²⁰³ es necesario que exista una pretensión de engaño a terceros, y que se dé un acuerdo simulatorio entre las partes; si bien el engaño no conllevará necesariamente un daño, ya que el engaño a terceros puede ser lícito, (aunque no suele ser lo más usual).

Los casos más frecuentes son de simulación relativa, es decir se finge celebrar un contrato cuando (el simulado), en realidad, se lleva a cabo otro distinto (el disimulado), incluso a veces puede llegarse a pensar que existen dos negocios autónomos, cuando realmente solo nos encontramos con uno, el realmente querido por las partes.

²⁰² Vid.: SERRANO CHAMORRO, M^a EUGENIA: *Cambio de solar por edificación futura*, 3^a edición, Navarra, 2002, pg 192 y ss.

²⁰³CARCABA FERNANDEZ, MARIA: *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Madrid 1986, pg 26 y ss.

En estos casos el TS ²⁰⁴ ha tratado de declarar la nulidad del negocio simulado, y la validez del disimulado.

El negocio simulado puede ser impugnado por alguna de las partes y por cualquier tercero que lo advierta. Lógicamente, el mayor problema se plantea cuando es una parte la que lo denuncia, pueden existir terceros que contrataron confiados en la apariencia. Si se demuestra que estos terceros contrataron de mala fe, no pueden ver mantenidos sus derechos, pero si lo hicieron de buena fe, el levantamiento del negocio simulado no puede perjudicarles y deben conservar los derechos que hubieran adquirido con anterioridad.

ZURITA MARTÍN²⁰⁵ lo ejemplifica al señalar que si “A” y “B” son aportante y constructor respectivamente y han simulado mediante escritura pública la compraventa de un solar; y posteriormente “C” tercero, confiado en la inscripción registral, decide comprar a B el mencionado solar. B acepta, y lo transmite, pero ni siquiera había pagado al adquirir la propiedad. En este momento A, ignorado por tal situación decide impugnar el acuerdo simulatorio con la finalidad de hacer valer el contrato redactado en documento privado; es decir A quiere o recuperar el solar o que le den su prometido apartamento, B no quiere saber nada del contrato privado, y C solicita que se reconozcan sus derechos. Lógicamente si este tercero ha obrado de buena fe no debe verse afectado por la ineficacia del negocio simulado.

VI.- Otros elementos

Las partes pueden añadir al contrato de cesión de suelo por obra los elementos que estimen convenientes para regular mejor sus propios intereses. El hecho de quedar la cesión subordinada a condición o a término no altera ninguna de sus características típicas. Más discutible es que en la cesión de suelo por obra pueda existir un modo, puesto que no se trata de un acto de liberalidad.

1.- Término

²⁰⁴STS 5 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6033)

²⁰⁵ZURITA MARTÍN, ISABEL, *El contrato de aportación de solar*, op. cit. pg 28

Respecto del término, en la cesión de suelo por obra existen opiniones distintas. Para una parte de la doctrina, toda permuta de cosa futura es un contrato sometido a término y, por tanto, en defecto de fijación por las partes de un término esencial, se aplicaría el art. 1128 CC. Esta postura, defendida entre otros por MERINO HERNANDEZ,²⁰⁶ es conforme con la que entiende que la compraventa de cosa futura tiene siempre un plazo implícito. Las partes debieran fijar un plazo concreto para que la cosa futura, en este tipo de permuta, la edificación futura, adquiriera existencia; en caso de no haber sido fijado éste plazo o término por las partes, entiende este autor aplicable el artículo 1128, de modo que el plazo a requerimiento de cualquiera de las partes podrá ser fijado por los tribunales.

Para otra parte de la doctrina, aquella idea no puede compartirse, aunque las partes son libres de pactar el término que estimen conveniente. Bajo esta opinión, seguida por autores como LUCAS FERNANDEZ,²⁰⁷ al igual que la compraventa de edificio futuro, no puede decirse que el negocio se encuentre sujeto a término, puesto que el cesionario, está obligado desde ya a desplegar, una actividad que permita conseguir la construcción del edificio a que viene obligado antes de cierta fecha. Por tanto, el posible plazo de edificación, es un plazo de ejecución de las prestaciones, no de eficacia del negocio, siendo además un requisito que viene impuesto por la naturaleza misma del objeto del contrato de permuta, (o en su caso compraventa de cosa futura), por tanto debe ser considerado como esencial al negocio y no accidental. Esta segunda opinión a nuestro juicio parece más acertada, porque aunque la ejecución de todo contrato, y no sólo los que recaen sobre cosas futuras, necesita un desarrollo en el tiempo, la construcción no es un hecho que haya de cumplirse necesariamente (hay un *incertus an incertus quando*). Es decir no es un término para que el contrato surta efecto, sino en todo caso para la ejecución o cumplimiento del mismo.

²⁰⁶MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, *El contrato de permuta*, op. citada pg 183

²⁰⁷LUCAS FERNANDEZ, FRANCISCO, “La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir” *RDN* abril-junio 1967, pg 277

La inexistencia de un término expreso no implica que se deje el cumplimiento de la cesión al arbitrio de una de las partes, sino que como indicaba LUCAS FERNANDEZ, el cesionario debe desplegar toda la actividad conducente a cumplir antes de determinada fecha su obligación de ejecutar una obra y entregar los pisos o locales.

Con independencia de lo ya expuesto, las partes podrán también señalar un plazo determinado para dar inicio o fin al cumplimiento de las estipulaciones. Piénsese en un termino a partir del que se entiende producida la condición, o en un plazo para entregar al cesionario la edificación futura al cedente. El término en la cesión de suelo por obra puede tener carácter suspensivo o también final.

Es posible también la inclusión de un plazo a partir del que se entiende producida la condición, así podemos mencionar la STS de 15 de febrero de 1994²⁰⁸. En ella se pactaba la venta de cosa futura por pisos a construir, y se incluyó una cláusula específica que otorgaba la posibilidad de apartarse del contrato el comprador en el supuesto de las obras no comenzaran en el plazo de seis meses.

DIEZ PICAZO²⁰⁹ señala que si bien por regla general el termino marcará el plazo o momento de exigibilidad de la prestación de las partes, y en consecuencia determinará el momento de mora, existen también casos en los que el interés de las partes o especialmente una de ellas, hacen que el término sea esencial para la prestación, ello tiene lugar cuando, por ejemplo, la obra debe estar terminada y entregada en una determinada fecha, bien para ser habitada, o para la realización de eventos con fecha concreta, etc. A su vez, cabe distinguir un *termino esencial absoluto* y un *termino esencial relativo o impropio*, según el interés que el acreedor ostente en el término, y que dicho interés subsista o no aun a pesar de haber transcurrido el término de cumplimiento. Para dicho autor la diferencia estriba en que en el caso de término esencial propio el derecho a la resolución que tiene el acreedor entra en juego de manera automática, sin embargo en el

²⁰⁸ STS de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1311)

²⁰⁹DIEZ PICAZO, LUIS Y GULLON BALLESTEROS ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, novena edición, Tecnos, 2005, pg 168

termino esencial impropio se exigirá una comunicación del acreedor al deudor en tal sentido.

2.- Condición

Las partes pueden hacer depender los efectos del contrato de cesión de suelo por obra del cumplimiento de una condición. Por condición podemos entender una determinación accesoria de la voluntad, que se involucra a la estructura propia del negocio jurídico y que tiene por objeto hacer depender del cumplimiento o no de un acontecimiento incierto y futuro la producción o cesación de los efectos propios del negocio que queda condicionado.

Según autores como IGLESIAS CUBRIA²¹⁰, la venta de cosa futura, y por tanto también la permuta es una venta sometida a condición suspensiva. Esta postura que fue también recogida por la sentencia de 18 de noviembre de 1977²¹¹, es criticada por gran parte de la doctrina, al entender que la condición no debe referirse a un elemento del contrato esencial. ROVIRA JAEN²¹² admite que existe analogía entre la venta de cosa futura y la venta condicional, puesto que el nacimiento de la cosa, o la existencia de aquella, determinará la posibilidad material de entregar la cosa a que viene obligado el contratante, en este caso cesionario, y si aquella falta, se excluye por completo; sin embargo el mismo autor señala que no debemos aplicar la doctrina de la condición. Señala que la condición es un elemento accidental del negocio, y la obligación de entregar la cosa, es esencial del mismo negocio, lo que impide que pueda ponerse como condición.

²¹⁰ IGLESIAS CUBRIA .MANUEL *Los derechos patrimoniales eventuales*, Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia, Oviedo 1961, pg 251

²¹¹ STS de 18 de noviembre de 1977 (RJ 1977, 4467)

²¹² ROVIRA JAEN, FRANCISCO *La compraventa de cosa futura* Estudios de Derecho Privado, T II, Edit. De Derecho Privado, Madrid 1965, pg 126

En función del instrumento jurídico en que se encarnen las estipulaciones de las partes se podrá dar o no a las mismas un efecto real. Como señala LACRUZ BERDEJO²¹³, hay ocasiones en que no es posible crear un derecho *erga omnes* pero sí cabe garantizar con hipoteca la posible indemnización o falta de cumplimiento de la deuda contraída *inter partes*; pero también cabe garantizar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas relacionadas con una finca elevándolo a condición (generalmente resolutoria).

La condición será inscribible en el Registro siempre que su cumplimiento determine una modificación en la titularidad del derecho real así como todas las circunstancias de edificación y duración, como más tarde se analizará²¹⁴. No obstante, como señala LACRUZ BERDEJO, no es condición el impago del precio que resuelve las obligaciones como después veremos, conforme el artículo 1124 (condición resolutoria implícita), así lo corrobora el artículo 11 de la LH al decir “*la expresión del aplazamiento del pago ... no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel con hipoteca o se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita*”.

La condición tiene una utilidad indudable en este contrato, como la tiene en general en las compraventas de viviendas de nueva construcción, porque en ambos casos corresponde a una de las partes realizar una prestación expuesta a múltiples eventos que pueden afectar al resultado final de la operación. La condición permite a las partes adecuar el régimen contractual a la producción de estos eventos. Ha de tenerse en cuenta que según el TS no se puede aplicar la regla de la cláusula *rebus sic stantibus* a la cesión de solar por obra, dado que se trata de un contrato de tracto único (STS de 23 de abril de 1991²¹⁵). Frente a ello, la doctrina señala que la regla de la cláusula *rebus* también se aplica en materia de relaciones obligatorias de ejecución instantánea, cuando su cumplimiento ha sido diferido para un momento futuro.

²¹³LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, *Elementos de Derecho Civil*. III bis Derecho Inmobiliario Registral, segunda Edición Dykinson, 2003

²¹⁴ A efectos de la inscripción y efectos de la condición resolutoria, apartado IV, Capítulo I, Segunda Parte.

²¹⁵ STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023)

La condición puede ser suspensiva o resolutoria, en función de la eficacia suspensiva o resolutoria que pretenda. En las suspensivas el despliegue de efectos del negocio jurídico condicionado dependerá del cumplimiento de la condición, de suerte que si la condición no se realizara el negocio quedará ineficaz.²¹⁶ Como señala GULLON BALLESTEROS cuando la obligación se somete a una condición suspensiva, la adquisición de los derechos dependerá del acontecimiento que constituye la condición. En consecuencia señala que el acreedor *sub conditione es titular de un derecho eventual*, la prestación en que consiste la obligación no es exigible pero se le atribuye cierta protección. Cuando la condición suspensiva de la que se hacía depender la plena eficacia de la obligación queda cumplida, la obligación *se purifica* y despliega todos sus efectos.

En las condiciones resolutorias, la eficacia del negocio condicionado cesa al verificarse la condición, por el contrario surte sus efectos en tanto la condición no resulte cumplida, si bien sujetos a la posibilidad de su cumplimiento. Señala DIEZ PICAZO²¹⁷ que este caso, la condición opera como una circunstancia que pone fin a la relación.

La inscribibilidad de las condiciones suspensivas y resolutorias con el acto condicionado, esta reconocida en los artículos 9º, 2ª de la Ley Hipotecaria, y 51. 6ª del Reglamento Hipotecario, pero lógicamente siempre que se trate de acto inscribible, y que la condición influya directamente en los efectos del mismo. No son inscribibles los actos sujetos a condición suspensiva o resolutoria con trascendencia meramente obligacional, (lo que en Alemania según Wolf se haría mediante el juego de las anotaciones preventivas); si bien como señala ROCA SASTRE dado el sistema español en el cual los títulos acuden al Registro con todo el “bagaje de pactos cláusulas y reservas, y con cierta indiferenciación entre los elementos personales y los reales,” el ingreso al Registro de las condiciones esta excesivamente facilitado.

A) Condición suspensiva.

²¹⁶ROCA SASTE, RAMON, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario...*, op. cit. pg 370

²¹⁷DIEZ PICAZO, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, novena edición, Tecnos, 2005

En los supuestos de condición suspensiva la eficacia del negocio quedará suspendida hasta su cumplimiento.

Precisamente por este motivo, aun cuando se unen a actos inscribibles, la doctrina duda sobre su registrabilidad, ya que mientras la condición suspensiva pende en su cumplimiento, no queda ningún derecho real constituido, ni hay transmisión alguna. Si bien aunque sea como mera expectativa de derecho, es posible la inscripción.

Como señala SERRANO CHAMORRO²¹⁸, la condición suspensiva puede también venir acompañada de la previsión de un término dentro del que el evento condicionante debe producirse; de lo contrario, la parte que ha transmitido bajo condición suspensiva debe, para poder readquirir la plena disposición del bien, promover el pronunciamiento judicial en relación a la falta de cumplimiento de la condición al haber transcurrido el lapso de tiempo fijado dentro del cual el evento objeto de condición previsto por las partes se hubiere debido verificar. Este es el caso de la STS de 10 de mayo de 1994²¹⁹ en cuyo supuesto de hecho se pactaba que si en el plazo de 18 meses no se obtenía la calificación de suelo urbano o urbanizable, las partes de mutuo acuerdo podrían prorrogar el contrato o dejarlo sin efecto.

Las condiciones deben quedar sujetas a un hecho o evento futuro, pero incierto, que no puede depender exclusivamente de la voluntad del deudor. Esta exclusión de la validez de las condiciones puramente potestativas, se pone manifiesto en la STS de 30 de septiembre de 1993²²⁰ que tuvo ocasión de referirse a los efectos de la condición suspensiva en esta modalidad contractual de cesión de solar a cambio de obra: “... *Atendido cual era el suceso futuro o incierto en que consistía la condición suspensiva puesta por los contratantes en el primero de sus pactos antes transcrito, la concesión al comprador promitente por los organismos correspondientes de la licencia de edificación*

²¹⁸SERRANO CHAMORRO M^a EUGENIA, *La jurisprudencia en el contrato de cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Navarra 2001, pg. 365

²¹⁹STS de 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4017)

²²⁰STS de 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6663)

para la finca objeto del contrato, no puede esta Sala compartir el criterio de la sentencia combatida de calificar tal condición suspensiva de nula radicalmente ya que la misma no depende exclusivamente de la voluntad del deudor, el ahora recurrente, para su cumplimiento; sin perjuicio de que el promitente comprador venía obligado a realizar todas las gestiones necesarias para la obtención de la licencia de edificación, su concesión dependía, única y exclusivamente, de la autoridad administrativa competente. Nos encontramos no ante una condición de las llamadas por la doctrina puramente potestativas, como entiende la sentencia de instancia (...)Sino ante una condición simplemente potestativa, cuya validez no ofrece duda alguna”.

Otra condición suspensiva muy frecuente, es la sujeción a la obtención por el cesionario del préstamo hipotecario, y en este punto la STS de 20 de octubre de 1993²²¹, ya aludida señalaba: “... Nos encontramos, por tanto aquí, ante un acontecer, desde luego “futuro” en cuanto en ese momento se encontraba por venir o acaecer y también “incierto” dado que la concesión del préstamo hipotecario podía o no producirse. (...) Los efectos de la condición suspensiva en ella contenida se hacen depender de ese suceso futuro e incierto que es la obtención del préstamo hipotecario, completado a título de lógico complemento por la notificación a los vendedores de la obtención del mismo. “Por ende, el requisito de que la condición consista en un hecho además de futuro, incierto, implica como señala SERRANO CHAMORRO, que el evento puede verificarse o no.

B) Condición Resolutoria.

Por otro lado, y como tendremos ocasión de analizar, es bastante frecuente que para garantizar al cedente que el cesionario cumpla su obligación de construir y entregar, se introduzca en el contrato una condición o cláusula resolutoria, de manera que si en el plazo fijado no se entrega la obra en las condiciones prefijadas y salvo causa de fuerza mayor, se resuelve de hecho y derecho el contrato; así el cedente recuperará la libre disposición del solar y hará suyas las obras útiles y necesarias efectuadas por el cesionario, abonando su valor o el incremento del valor sobre el solar. Con esta fórmula

²²¹ STS de 23 de octubre de 1993, (RJ 1993, 7749)

se evita o minimiza el incumplimiento del cesionario, y se garantizan, las cantidades que haya asumido el mismo por materiales o salarios.

Siempre que sea de cumplimiento posible la condición resolutoria, su inscripción en el Registro provocará que se publiquen en plena coexistencia dos titularidades, la del titular registral que adquiere el derecho inscrito, aunque sujeto a la posible resolución, en caso de cumplimiento de la condición; y la titularidad expectativa del transferente. (algo semejante a lo ya visto para el caso de la condición suspensiva). Si, posteriormente la condición resolutoria se cumple, el derecho del adquirente inscrito queda sin efecto, y la expectativa del transferente, cedente en nuestro caso, renace o surge como derecho actual. Si se incumple el derecho del titular registral se consolida²²².

El art. 23 de la ley Hipotecaria establece que “el cumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias... de los actos o contratos inscritos, se harán constar en el Registro bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución llega a verificarse.

Este artículo criticado tanto por su insuficiencia normativa como por su inexactitud, debe entenderse como señala ROCA SASTRE, de manera que no sólo se prevea el cumplimiento de las condiciones registradas, sino también su incumplimiento, ya que éste también debe acceder al Registro.

El cumplimiento o incumplimiento de las condiciones (suspensivas o resolutorias) se hace constar en el Registro como tal hecho. Pero en caso de cumplimiento de condición resolutoria, en la inscripción o en la cancelación correspondiente el Registrador debe hacer la declaración o expresión de haberse resuelto o extinguido el acto o derecho inscrito, o de que se extiende la oportuna inscripción a favor de quien corresponda. En consecuencia en caso de si se cumple la se practicará una inscripción a favor de quien corresponda, en el contrato que nos ocupa será a favor de cedente.

²²²ROCA SASTRE, RAMON; ROCA-SATRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario...*, op. cit. pg 378 y ss.

Si el titular registral hasta este momento (piénsese en este caso en el cesionario) hubiere realizado actos de disposición o de gravamen quedarán también extinguidos, y si se hubieran inscrito quedarán cancelados. Más adelante se verán los efectos de la condición resolutoria y el Registro (Capítulo I apartado IV Segunda Parte). Así para VERGER GRAU²²³, la posible constatación en el Registro de la obligación del cesionario de la entrega de pisos determinados al cedente del solar excluirá la buena fe de posibles adquirentes, a quienes el cesionario pretenda transferir los pisos que debe adjudicar al cedente.

En relación a los requisitos y efectos de la condición resolutoria, se analizarán en profundidad más adelante, pero debe ya reseñarse, los efectos que puede tener en relación a un posible embargo posterior; así la STS de 5 de abril de 1990²²⁴ señalaba. *“...Ciertamente cuando la titularidad embargada se halla sujeta a posible resolución que consta explícitamente en el Registro, el efectivo desenvolvimiento de ésta comportará la extinción del embargo y consiguiente cancelación de la anotación preventiva. Ahora bien, la eficacia relativa de los contratos (art. 1257 Código Civil), la inadmisibilidad de la disposición de los derechos ajenos en este caso el del acreedor que obtuvo el embargo o de la renuncia en perjuicio de terceros -vid. artículos 6.2º y 1937 del Código Civil; 107.1º de la Ley Hipotecaria y 175.1º del Reglamento Hipotecario-, la eficacia real del embargo y la fuerza protectora de los asientos del Registro (artículos 1, 38, 40 de la Ley Hipotecaria) determinan que sólo la resolución del derecho embargado que se produzca en los términos registralmente constatados gozará de ese efectos extintivo, más no así la que tiene lugar anticipadamente por mutuo disenso en virtud de la renuncia voluntaria por el titular del dominio resoluble cuando todavía no ha vencido el plazo concedido para la conclusión y entrega de la edificación prometida, pues tal renuncia solo podrá operar registralmente dejando a salvo el derecho de la persona a cuyo favor se practicó la anotación de embargo (artículo 71 de la Ley Hipotecaria), la cual debe quedar*

²²³VERGER GARU, JOAN, “Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal” *RJC* enero marzo Barcelona 1981.

²²⁴STS de 5 de abril de 1990 (RJ 1990, 2944)

subsistente hasta tanto se agote su propia eficacia, o concurran las vicisitudes resolutorias a las que se hallaba supeditado el derecho embargado.”

3.- Cláusula penal.

La inclusión de una cláusula penal, es en nuestra opinión un mecanismo de gran eficacia que permite garantizar en mayor medida el cumplimiento de las obligaciones, sin que se exija la intervención de un tercero, ni la constitución de un derecho real. Con ella, se refuerza el vínculo contractual y se establece una indemnización convencional para el caso de incumplimiento, debido a su doble función: coercitiva, al ser estímulo para el cumplimiento de las obligaciones, y liquidatoria, ya que facilita la liquidación de unos eventuales daños y perjuicios. De este modo si al término o plazo que puede haberse fijado en el contrato, se le añade para el caso de incumplimiento una cláusula penal, se compele al deudor a cumplir y se cuantifica la pena en caso de incumplimiento, ya que éstos pueden concretarse bien con un tanto progresivo, bien por un tanto por día de retraso.

Establecida la cláusula penal en el negocio principal, se mantendrán dos vínculos obligacionales, uno el de la obligación principal, y otro el creado por la cláusula penal. Aunque éste último es accesorio para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de aquella obligación principal.

La regulación de la cláusula penal será la contenida en los artículos 1152 a 1155 del C.c., teniendo en cuenta siempre la facultad moderadora que tienen los Tribunales; que solo quedará fuera de juego en los casos que jurisprudencialmente se han señalado, es decir, cuando se estipula una cláusula penal moratoria, o cuando se ha producido el incumplimiento total de la obligación.

Las funciones que puede tener la cláusula penal son, como es sabido, tres: coercitiva, liquidatoria, o estrictamente penal. La cláusula penal coercitiva o de garantía implica una mayor cuantía de la prestación que recae sobre el deudor para el supuesto de que incumpliera la primitiva deuda voluntariamente.

La cláusula penal liquidatoria o pena sustitutiva, es aquella que implica la determinación previa de la indemnización que en caso de incumplimiento del obligado debe éste pagar al acreedor, sustituyendo así la indemnización de los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento; de manera que se evita el trámite procesal de prueba de los daños y perjuicios causados con el incumplimiento.

En relación con esta cláusula penal liquidatoria, se ha planteado la doctrina y jurisprudencia si se deberá en todo caso de incumplimiento la pena impuesta, sin que se pueda discutir sobre los perjuicios. La respuesta es afirmativa, y así podemos mencionar la STS de 17 de marzo de 1986 ²²⁵, donde la fijación de una pena sustituía a la indemnización de daños y abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Del mismo modo ocurre en la STS de 13 de marzo de 1990 ²²⁶, donde se recoge la cláusula penal, para el caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación principal, como modo de eximirse de cumplir la obligación. Y la STS de 6 de abril de 2000²²⁷, viene a establecer este tipo de cláusula liquidatoria para el caso de demora.

Por último la cláusula penal cumulativa o estrictamente penal, se entenderá pactada cuando se estipule que el acreedor podrá pedir, en caso de incumplimiento o mero retraso del cumplimiento de la obligación principal, junto a la pena, los daños y perjuicios soportados.²²⁸

En todo caso para que la cláusula penal pueda aplicarse debemos encontrarnos ante un incumplimiento o retraso culpables, como ha reiterado la jurisprudencia y doctrina.

²²⁵ STS de 17 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1256)

²²⁶ STS de 13 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1691)

²²⁷ STS de 6 de abril de 2000 (RJ 2000, 1820)

²²⁸ CASTAN TOBEÑAS, JOSE, *Derecho civil español, común y foral*, tIII Madrid 1992

Es muy abundante la jurisprudencia que entorno a la cláusula penal podemos encontrar. Señalamos la STS de 12 de julio de 1993²²⁹ “...*pactada la entrega de las fincas a que se refiere el litigio “diáfanas dispuestas para ser acabadas por los compradores en su interior”, surge para la Sociedad vendedora la obligación de entregar los locales en la forma convenida, sino también, aunque no se haya establecido expresamente, la de realizar en el resto de inmueble todas aquellas obras que permitan la utilización de los locales de acuerdo con su naturaleza, en el tiempo pactado, o en defecto de pacto en el que prudencialmente se fijase(...)* ahora bien ello implica, en este caso, que la cláusula penal pactada en la estipulación sexta transcrita en el Fundamento de Derecho Primero de esta resolución extienda su eficacia hasta la total terminación de las obras de remodelación del edificio.

También es digna de mención la STS de 26 de junio de 2000²³⁰, donde se recoge un supuesto de permuta con prestación subordinada de obra, en que al existir incumplimiento recíprocos de las partes se procede a moderar la pena pactada, por cuanto por un lado hay retraso en la entrega del inmueble por la constructora y por otro lado falta de transmisión de terrenos por el cedente al ayuntamiento para viales en la fecha pactada.

En último término resulta especialmente clarificadora la sentencia del TS de 10 de noviembre de 2010,²³¹ donde dejando a un lado la controversia sobre si nos encontramos con dos contratos independientes de compraventa o como bien señala el TS un solo contrato de permuta, y ciñéndonos en este momento a la interpretación de la

²²⁹STS de 12 de julio de 1993 (RJ 1993, 6008)

²³⁰ STS de 26 de junio de 2000 (RJ 2000, 5308)

²³¹ STS de 10 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 675). Señala la misma que *La correcta calificación de los contratos como permuta y con las duras garantías que se imponía a la constructora, lógicas con toda evidencia ya que se le había transmitido una finca como prestación de presente y debía transmitir unos elementos no existentes como prestación de futuro, hacen que el motivo sea desestimado. Aparte de la cláusula penal moratoria no reclamada, se establece una primera cláusula por medio de aval bancario "en garantía de ejecución y entrega de los bienes en construcción..." dentro del plazo pactado: no se cumplió y se ejecutó el aval. La otra cláusula penal, discutida aquí, que le llama "garantía real" aunque no lo sea, quizá para reforzarla gramaticalmente, se impone para el caso de que no se pudiera inscribir la finca con los elementos objeto de la permuta, en el Registro de la Propiedad y esto tampoco se cumplió, puesto que se produjo una inscripción tras el requerimiento de resolución que le dirigió la parte contraria y la inscripción y transmisión de los elementos fue a terceras personas, no a la parte permutante que ahora le reclama la indemnización de los daños, objeto de esta cláusula penal."*

clausula penal, el más alto Tribunal, declara que habiendo quedado probado el incumplimiento de la promotora (cesionaria) las obligaciones derivadas del contrato de permuta y, al ser imposible el cumplimiento específico, no comparte el criterio de la Audiencia, que si bien aplica la cláusula penal de 100.000.000 de pesetas le resta los 60.000.000 de pesetas del aval bancario ejecutado. Y considera que de ese modo se infringe la normativa de la cláusula penal, ya que son tres las cláusulas previstas para casos distintos: la primera, ejecución en el plazo, la segunda que no se reclama, es la de morosidad y la tercera que se reclama es por el incumplimiento definitivo: y esto es lo ocurrido aquí; la promotora no cumplió; si edificó e inscribió fue otra sociedad mucho más tarde y todo a favor de terceros, dejando sin percibir, en absoluto, su prestación el demandante. Consecuentemente, la cláusula penal aludida debe ser cumplida íntegramente.

4.- Reserva de dominio

Sin perjuicio de ser tratado con mayor profundidad este pacto dentro del apartado de protección de cedente, al igual que el pacto siguiente, merece ser mencionado como posible pacto a incluir dentro del contrato de cesión de solar a cambio de obra, pues es en la práctica uno de los más utilizados de facto. En virtud de la reserva de dominio, las partes acuerdan que el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el completo pago del precio; de modo que se convierte en una garantía del pago.

Como señala LACRUZ BERDEJO²³², este pacto de reserva de dominio equivale, por su funcionamiento a una condición suspensiva, cuando se supedita al cobro de lo debido.

En lo que se refiere a su aplicación en relación a la cesión de solar a cambio de obra, es frecuente que las partes pacten la reserva del dominio a favor del cedente. De modo, que no se entenderá efectivamente transmitido el dominio del solar a favor del cesionario, hasta que se cumpla el evento al que se somete, es decir, la entrega del cesionario al

²³²LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, *Elementos...*, op. cit. Pg. 81

cedente de los pisos o locales pactados. Sin embargo este pacto supone una merma importante para la libertad de actuación y capacidad de gravamen que suele tener el cesionario, por lo que en la práctica lleva consigo la necesidad de colaboración del dueño del solar para determinadas actuaciones como la obtención de un préstamo hipotecario (préstamo al promotor).

Si bien también tendremos ocasión de analizar los efectos, como medio de garantía, de esta cláusula, en la STS de 3 de julio de 1996²³³ se señalaba que *“en la venta con reserva de dominio, asiste al comprador la facultad de ejercitar la tercería de dominio aunque no haya satisfecho la totalidad del precio al tiempo de los embargos, ya que no se puede privar al adquirente de la posibilidad de ejercitar las acciones procedentes para la conservación de sus derechos, a lo que se añade que las ventas con reserva de dominio actúan como instrumentos jurídicos para garantizar el pago de lo que se vende, de tal manera que el incumplimiento por parte de comprador produce la resolución expresa del convenio, al pactarlo expresamente así. “Con esta garantía, el cedente mantiene hasta el cumplimiento de la obligación del cesionario la propiedad del solar, sin que se anticipe su entrega a la de los pisos o locales.*

Este pacto de reserva de dominio, que supone pues una derogación del artículo 609.2º C.c., al retrasar el momento de transmisión del dominio, en relación con el artículo 1461, puede también incluirse en la cesión de solar por obra futura, pero de conformidad con la legislación hipotecaria, y como tendremos ocasión de estudiar al tratar las garantías o protección del cedente, para que este pacto adquiriera eficacia frente a terceros deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El artículo 13 termina señalando que, *si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria.*

²³³STS de 3 de julio de 1996 (RJ 1996, 5555)

5.- Prohibición de disponer.

Ajenas a la configuración de un derecho real, se encuentran las prohibiciones de disponer que se definen como limitaciones impuestas al poder dispositivo de un sujeto, derivado del dominio y de los derechos reales, que impide la realización de actos dispositivos de los mismos. La prohibición de disponer que aquí nos interesa es la voluntaria, de modo que no nos referimos ni a las prohibiciones legales ni administrativas.

La prohibición de disponer puede tener una función de garantía del cumplimiento de un interés o de un derecho susceptible de tutela jurídica. Estas prohibiciones solo serán inscribibles, si han sido impuestas en actos a título gratuito, pero únicamente podrán afectar a tercero si constan en el Registro, ya que funcionan como cargas o gravámenes reales inmobiliarios.

GARCIA GARCIA²³⁴ defiende su tesis dualista de los dos terceros hipotecarios, arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, si bien como precisamente no suele ser frecuente la inclusión de esta prohibición en la cesión de solar a cambio de obra, pues no es habitual su constitución por acto a título gratuito, no entramos a valorar a que tercero es aquel al que no podrá perjudicar.

El artículo 27 de la Ley Hipotecaria señala que *las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso a registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento* “y el artículo 57 del reglamento prevé esta posibilidad e indica que *se inscribirá en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca que se constituya...*

Para ROCA SASTRE, la legislación hipotecaria es excesivamente radical en esta norma. Como señala la prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso puede tener una función de garantía en sentido amplio, principalmente tratándose de

²³⁴GARCIA GARCIA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1993, pg 207 y ss.

asegurar el precio en la compraventa, o impidiendo la enajenación de la cosa comprada hasta que no se ha satisfecho el precio entregado la obra. Y además es absurdo que no pueda hacerse mediante esta prohibición lo que si puede conseguirse con la condición suspensiva o resolutoria. Así defiende GOMEZ GÁLLIGO²³⁵, la posibilidad de establecer en negocio oneroso una prohibición de disponer siempre que se adapten a los siguientes requisitos:

1. *Causa concreta que lo justifique.*
2. *Exclusión de las figuras meramente restrictivas, de manera que deberán configurarse a través de la figura del asentamiento (en armonía con la tendencia jurisprudencial recelosa de las prohibiciones absolutas de disponer).*
3. *Regulación en el título constitutivo de las consecuencias del incumplimiento, de manera que su eficacia no sería determinar la nulidad absoluta del acto de contravención, sino la mera anulabilidad a instancia del favorecido.*

En esto se diferenciarían de los derechos de adquisición preferente, que por haberse configurado expresamente como atribución de un verdadero subjetivo serían objeto de mayor tutela jurídica, de manera que si no llegasen a inscribir en el Registro de la Propiedad —y por tanto carecieran de eficacia real— aún operarían como verdaderas obligaciones inter partes, cuyo incumplimiento generaría responsabilidad contractual.

De ahí que para este autor, hay ciertos supuestos, que aun siendo actos a título oneroso, entiende susceptibles de admitir una prohibición de disponer con eficacia real, es el caso de prohibición de arrendamiento de los bienes hipotecados, o de disposición de uso cuando se trata de vivienda familiar en un supuesto de separación o divorcio con hijos menores y así lo acuerda el juez, o el pacto de reserva de dominio que entiende debería complementarse (dada la indefinición aún existente de dicho pacto en derecho positivo, puesto que no está regulado expresamente) con una prohibición de disponer impuesta al vendedor —en este caso sí tendría sentido, dado que el vendedor conserva aún la propiedad—.

²³⁵GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, *Las prohibiciones de disponer en el derecho español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid 1992, pg 164 y ss.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I.-CONTENIDO Y EFECTOS DEL NEGOCIO DEL CESIÓN

I.-La calificación como contrato mixto o complejo.

Adentrándonos de lleno en lo que entendemos núcleo central del trabajo, es decir, qué efectos se desarrollan a partir de este negocio, debemos empezar por analizar en profundidad cuáles son las obligaciones de cedente y cesionario, para luego entender los efectos tanto en caso de cumplimiento como en caso de falta del mismo. Pero con carácter previo debemos referirnos de nuevo a la naturaleza del propio contrato para determinar su régimen.

Que la cesión de suelo por obra no es una permuta explicaría, por ejemplo, por qué el cedente no adquiere la propiedad de los pisos futuros en el mismo momento de celebrar la cesión mediante la tradición instrumental (art. 4 LCCF). Sin embargo, calificar el contrato es sólo una parte de la tarea que debe llevarse a cabo, pues todavía no está claro cómo se aplican a la cesión de suelo por obra las normas generales sobre permuta u otros contratos. La determinación del régimen jurídico aplicable al contrato de cesión de suelo por obra se ha resuelto con diversos criterios, entre los que tal vez prevalezca el de absorción, que aplica la regulación de la prestación principal por encima de las del resto de prestaciones. La doctrina lo critica y sugiere ser flexibles, pues no siempre es fácil determinar cuál es el elemento preponderante en el contrato. Así PLANA ARNALDOS²³⁶ señala que si bien existen nexos de unión, que permiten y requieren un estudio conjunto de algunas de estas formas contractuales, por el contrario es insuficiente para justificar la existencia de un tipo contractual único, ya que no puede haber una única tipificación dada la diversidad de criterios. Ni puede decirse que todas las formas que puede adaptar el negocio de cesión de solar a cambio de obra sean atípicos; de hecho algunas modalidades

²³⁶PLANA ARNALDOS, MARIA DEL CARMEN, *Cesión de solar a cambio de obra futura*, op. cit. pg 45

si encuentran su encaje en contratos como el de permuta. Por ello se propone combinar los diversos bloques normativos y aplicar las normas de las cláusulas no prevalentes.

Así lo recoge la STS de 2 de diciembre de 2011²³⁷, *“Este es un contrato complejo, llamado también mixto, en que su especificidad se halla en la síntesis, que no suma, de diversos elementos, fundidos en la unidad de causa, lo que le da identidad diferenciada (así, sentencia de 19 de mayo de 1982²³⁸). Contrato que se rige, como norma básica, por lo pactado, lex contractus que proclama el artículo 1091 del Código civil (sentencia de 18 de noviembre de 1980²³⁹ relativa a un "contrato complejo de cesión de solar por obra y entrega de cantidad en concepto de precio"), a cuyo contrato se aplica la normativa de los pactos que aún, en lo que se ha dado en llamar teoría de la combinación que, en el fondo, no es otra cosa que volver "al viejo principio de la analogía" (como dice la sentencia de 19 de mayo de 1982²⁴⁰)”*

La realidad social, en muchas ocasiones reclama e impone respuestas a figuras que no tienen un molde preestablecido en Derecho. Así surgen los contratos atípicos, si bien esta atipicidad como ya se señaló lo es desde un punto de vista legislativo “atipicidad legal”, pero no impide su “tipicidad social”. En el caso que nos ocupa, cesión de solar a cambio de obra futura, puede observarse que si bien se da una ausencia de regulación legal, el tan nombrado artículo 13 del RH lo admite, sin embargo no lo regula, lo que le convierte en un contrato nominado pero no típico; sin embargo sí se trata de un contrato socialmente típico, con gran margen de intervención de la autonomía de la voluntad.

El contrato se registrará (I) por lo pactado por las partes (art. 1255 CC) y por las normas imperativas; (II) por la regulación del art. 13 RH (en lo no derogado); (III) en lo que este precepto no regula, y siempre que se admita que dentro del complejo contenido

²³⁷ STS de 2 de diciembre de 2011, (RJ 2011, 8319)

²³⁸ STS de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2689)

²³⁹ STS de 18 de noviembre de 1980 (RJ 1980, 4140)

²⁴⁰ STS de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2580)

contractual hay también elementos de permuta, por los arts. 1538-1541 CC y (IV) en su defecto y en lo que sea compatible, por las normas de la compraventa (art. 1541 CC).

Esta remisión con carácter general a la normas de la compraventa, para el contrato de permuta, es generalizada en los ordenamientos europeos. En el Derecho italiano la doctrina científica mas autorizada como GIANNATTASIO, BIANCA, o COTINO, así lo entienden²⁴¹, al igual hacían que autores franceses como HUC, o ²⁴²COLLAS al afirmar que para la regulación del contrato de permuta, cabe acudir por el reenvío a la normas de la compraventa, incluso para el saneamiento por evicción, sin perjuicio de las particularidades el propio Código Francés establece para el contrato de permuta.

De entre las normas de la compraventa, no parecen aplicables, pues guardan especial relación con el precio, que no entra en juego en la cesión o permuta, salvo casos especiales, las normas contenidas en el capítulo primero del Título IV dedicado al contrato de compraventa; así como tampoco lo son las relativas al retracto, por no ser posible que un tercero pueda cumplir aquello a lo que se ha obligado el otro permutante, pese a la objeción de autores como MUÑOZ DE DIOS²⁴³.

Parecen claramente aplicables las relativas a la capacidad, exigiendo la capacidad de disposición en ambos contratantes y las prohibiciones de contratar (art. 1457-1459 CC), tal y como ya fue objeto de análisis, y también lo son las normas relativas a la entrega de la cosa (especialmente, art. 1462 CC). Se aplicará las normas relativas al saneamiento, pero con las particularidades de tratarse de una cesión o permuta, tal y como recoge el artículo 1540, como señala MERINO HERNANDEZ²⁴⁴, pese a que el Código establece ciertas consecuencias especiales a la evicción en la permuta (ya mencionadas), ello no

²⁴¹GIANNATTASIO CARLO, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, op. cit. pg 45. Del mismo modo se pronuncia BIANCA MASSIMO, *La vendita e la permuta. Trattato di Diritto civile italiano*, op. cit. pg 1032, y COTTINO GASTONE, *Del Riporto. Della permuta*, Bologna 1966, pg108.

²⁴²COLLAS EMILE, *Manuel de Droit civil*, Paris 1877, pg 346

²⁴³MUÑOZ DE DIOS, GERARDO, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, op. cit.

²⁴⁴MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, *El contrato de permuta*, op. cit. pg 233

impide que en el resto le sean aplicables también las normas relativas a la evicción para la compraventa.

Al margen de las normas contenidas del CC, cabe preguntarse por la aplicabilidad de otras normas contenidas en leyes especiales. Así podría también plantearse la aplicabilidad de la regulación especial de la venta de viviendas, en concreto de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Como es sabido, esta Ley pretende evitar los abusos de que pueden ser objeto los compradores de viviendas a los que se exige el pago de sumas de dinero antes de la construcción de las mismas. Lo que sucede es que su aplicación presupone precisamente que existan entregas de dinero (art. 1). La doctrina cree por ello que la Ley no se aplicará a la mayoría de cesiones de suelo por obra, en las cuales el cedente puede haber avanzado el pago de una suma de dinero (v.gr. el caso de la STS 31 de julio de 1995²⁴⁵; o el de la STS de 26 de julio de 1997²⁴⁶ donde el cedente anticipó 16 millones PTA). Si se tiene en cuenta el peor trato que comparativamente se dispensa al cedente en relación con un comprador, esto parece criticable, pues como tiene lugar en este negocio, el cedente en cierta manera concede crédito al cesionario al adelantar su prestación, y entregar el solar, pese a no recibir los pisos o locales hasta tiempo más tarde: en ambos casos, la situación de riesgo se prolonga hasta el cambio de inscripción ante la posibilidad de que surja un tercero protegido por la fe pública registral.

Plantear una posible aplicación —al menos analógica— de la Ley 57/1968, en aquellos casos en que el cedente complementa la entrega del solar con el pago anticipado de una suma de dinero, encuentra el inconveniente aparente del art. 1446 CC. Éste no permite de forma clara un contrato mixto de permuta y compraventa, sino que parece obligar a calificar al contrato entero de uno de estos dos modos. Ahora bien, hay que recordar que esto es así sólo cuando no conste la intención manifiesta de las partes. Si la intención de las partes fuese precisamente la de celebrar un contrato mixto, de permuta y compraventa, podría aplicarse la Ley en cuanto a las cantidades anticipadas.

²⁴⁵ STS de 31 de julio de 1995 (RJ 1995, 5923)

²⁴⁶ STS de 26 de julio de 1997 (RJ 1997, 5953)

Además, son aplicables las normas especiales que afectan a la protección de adquirentes de viviendas. Es muy importante la LOE, que adopta un enfoque diferente al de la francesa. Como señala MALINVAUD²⁴⁷ el ámbito de protección del adquirente, queda muy limitado, y ello por cuanto la delimitación del ámbito aplicativo tiene en cuenta determinados tipos contractuales que recaen sobre bienes cuyo tráfico se considera necesitado de una mayor protección, sin embargo en nuestro ordenamiento, la LOE no regula tipos contractuales cerrados sino que define su ámbito de aplicación por referencia al proceso de la construcción (arts. 1.1, 2.1.a), 2.2.a) y b)). Su aplicabilidad al contrato de cesión de suelo por obra parece clara (cfr. art. 17 LOE).

En esta ordenación se ha establecido a favor de los adquirentes de viviendas, un nuevo régimen de seguros y garantías que recaen sobre el constructor y promotor²⁴⁸. Además para que esta exigencia no quede frustrada, reduciéndose a una mera intención, al solicitarse la escritura pública o promoverse la inscripción registral, es requisito necesario la acreditación de la correcta constitución de estas garantías. El problema surgirá nuevamente cuando se trate de obra en proyecto, o en construcción, y se pretenda inscribir esta declaración, pues en muchas ocasiones no se cuenta aun con dicha garantía, de ahí que solo se vienen exigiendo por los Registradores al inscribir la obra nueva terminada.

En consecuencia, si el cesionario se configura, en la cesión de solar a cambio de obra, como constructor de la obra, que se compromete a transferir al cedente; además de las obligaciones inherentes a la obra y su régimen, debe garantizar también la entrega al comprador, en este caso cedente. El problema como vemos es que el requisito solo se coteja o exige por el Registrador cuando accede al Registro la declaración de obra terminada, por ende consideramos que este garantía no mejora la situación de debilidad del cedente en el contrato que nos ocupa; aunque no debemos olvidarla.

²⁴⁷ MALINVAUD, P *Droit de la promotion immobiliere*” Paris 1995

²⁴⁸vid. GARCIA MACHO, RICARDO, *Comentarios a la Ley de Ordenacion de la Edificación*, Madrid 2000, entorno al artículo 19 de la LOE

La prestación de construir debida por el constructor no puede regirse por las normas de la permuta ni de la compraventa, que regulan una prestación de dar. Se trata, igual que en el contrato de compraventa de piso sobre plano, de una obligación de construir idéntica a la que caracteriza al contrato de obra (art. 1544 CC). Hay que acudir por ello a las normas del contrato de obra que contiene el CC y a la regulación especial aplicable a la prestación de construir.

La doctrina que acoge la tesis del contrato complejo para la compraventa de cosa futura cree aplicables los arts. 1589 a 1591 CC²⁴⁹. Por ello, pueden aplicarse también a la cesión de suelo por obra (expresamente para el art. 1591 CC la STS de 20 de abril de 1981²⁵⁰). Esto presupone que el art. 1591 CC siga vigente, algo que se discute vivamente a la vista de la Disposición Derogatoria de la LOE y que una opinión parece rechazar.²⁵¹ Tal vez deban tenerse muy presentes dos datos: primero, que la LOE ha desoído —acaso de modo deliberado— las advertencias sobre la inseguridad que la redacción del precepto podía ocasionar, y segundo, que posiblemente el ámbito de la LOE y el del art. 1591 CC no sean totalmente coincidentes, con lo que no habría verdadera derogación sino sólo un cambio en el ámbito de aplicación de este último; del que más tarde volveremos a tratar.²⁵²

En materia de riesgos se ha propuesto aplicar a la cesión de suelo por obra el art. 1589 CC., lo que en caso de destrucción de la obra antes de la entrega, si el contratista estaba obligado a poner el material, como lo está el cesionario, éste debe sufrir dicha pérdida, salvo si hubiera habido morosidad al recibirla. La aplicabilidad del art. 1589 se planteó en la STS de 7 de julio de 1982²⁵³, que precisó que aunque las partes atribuyan al director la función de decidir si la obra está o no acabada, esto no convierte al contrato de

²⁴⁹Es el caso de autores como VERGER GARAU “Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal” *RJC* enero marzo 1981, o de DE LA CAMARA “Modalidades en la construcción de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana” *RDN* abril junio 1969. En particular éste último entiende que se trata de un contrato de permuta con prestación subordinada de obra.

²⁵⁰ STS de 20 de abril de 1981 (RJ 1981, 1658)

²⁵¹Véase MARTINEZ ESCRIBANO, CELIA, *Responsabilidades y garantías de los agentes de edificación*, Lex Nova, 3ª edición 2007

²⁵² Véase Aparatado III Capítulo IV Segunda Parte

²⁵³ STS de 7 de julio de 1982 (RJ 1982, 4221)

cesión de suelo por obra en uno de obra. La cláusula manifiestamente concierne tan sólo a la edificación y no a cualesquiera otros aspectos del contrato ajenos a la pericia y al cometido de estos técnicos. Parece que también son aplicables los arts. 1595 y 1596 CC.

No cabe el tanteo o el retracto arrendaticios urbanos en caso de cesión de suelo por obra. La cuestión se plantea cuando el arrendatario de un solar o finca que se pretenda ceder a cambio de obra, ve limitado su derecho a adquirir preferentemente la propiedad de la que el arrendatario, al no poder subrogarse en la posición del cesionario, que lo que va a entregar es un piso, local u obra. Sin embargo debe distinguirse dos supuestos. El primero caso de cesión de solar a cambio de obra simulada, con verdadera venta encubierta, no merece más mención este caso, pues como todos los de simulación deberá atenderse a la verdadera causa perseguida por la partes, y prevalecerá el negocio encubierto de la compraventa. En segundo lugar podemos encontrar una cesión o permuta, en la que sí se haya fijado un valor económico a la contraprestación a realizar por el cesionario, si este piso o local u obra ha sido valorado, podríamos discutir si en tal caso cabría mantener el derecho al retracto y tanto del arrendatario, aun y cuando no tenga la condición de constructor, siempre y cuando si se obligue a entregar el valor por equivalencia de lo que se ha pactado.

En opinión de MERINO HERNANDEZ²⁵⁴ partiendo de la base del criterio general imperante en nuestra doctrina, debe admitirse que pueda tener lugar el retracto legal e incluso el convencional. Para este autor dadas las esenciales diferencias entre uno y otro deben tratarse por separado. A su entender la palabra retracto debe reservarse para el llamado convencional, y para el legal debe dejarse la expresión derecho de preferente adquisición. Por el contrario autores como CASTAN circunscriben la palabra retracto para el legal exclusivamente.

En cuando al retracto convencional, para MERINO HERNANDEZ no hay inconveniente en que pueda aplicarse a la permuta, tanto por aplicación de 1258, como por el ya señalado artículo 1541 C.c., esta cuestión no ha sido muy tratada por la doctrina

²⁵⁴MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, *El contrato de permuta*, op. cit. pg 310 y ss.

española, pero sin embargo si lo ha hecho la francesa y la italiana, y así autores como DURANTON²⁵⁵ admitían el retracto y aplicaban en el derecho francés las mismas normas que en la compraventa especialmente la limitación temporal. Y EULA²⁵⁶ hacía lo propio en la doctrina italiana, al señalar que ni la finalidad ni la naturaleza de este contrato se oponen a esta admisión.

En caso de ejercicio efectivo del derecho de retracto (convencional), aun cuando el artículo 1518 solo se refiere a precio, en la permuta este precio consistirá en la cosa recibida en cambio por el contratante que ejercerá en retracto. En la permuta salvo pacto específico, el ejercicio llevará consigo la restitución de los objetos permutados.

En relación al retracto legal, la subrogación podrá también producirse, no en base a satisfacer al retraído lo que él pagó, sino su valor al tiempo del retracto. Esta idea teoría de “valor” es lo que posibilita el retracto legal en todo tipo de negocios transmisivos, según MERINO HERNANDEZ, incluso a título lucrativo. Por el contrario autores como CASTAN, o MELON INFANTE²⁵⁷, niegan su aplicabilidad, y siguen el rigor legal con una interpretación literal del Código.

En cuanto a los aspectos jurídico-reales, interesa especialmente la situación del solar en los casos en que la cesión comporta su puesta en común, en tanto que nos llevarán a la aplicación normativa del régimen de la comunidad. Si se admite la existencia de un aspecto societario, conviene separar lo que es la sociedad interna de lo que es el plano de la titularidad. En éste, se trata de una comunidad de bienes que aparece como situación jurídica previa a la constitución de la propiedad horizontal, que más tarde tendremos ocasión de analizar, en el apartado III.

²⁵⁵ DURANTON, M *Cours de Droit frAncais*, Tomo XVI Paris, 1833

²⁵⁶ EULA, ERNESTO *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, del *Tratatto de Cicu-Messineo*, Milano 1960

²⁵⁷ MELON INFANTE “El contrato de permuta en el código Civil” *RDP* 1961

Una opinión rechaza que constituya una comunidad típica romana regulada en el Código Civil (arts. 392-406 CC), y entienden que por sus especiales connotaciones no puede aplicarse sin más el régimen de la comunidad romana²⁵⁸. En esta comunidad, como se dijo, queda excluida la *actio communi dividundo* (cfr. art. 400 CC), puesto que entre cedente y cesionario existe un pacto implícito de permanecer en la indivisión. La división frustraría el objetivo perseguido. Si el pacto se adopta de forma expresa, quizás pueda inscribirse.

Las facultades de uso y disfrute de los comuneros quedan limitadas, de modo que no pueden pretender una utilización de la cosa que no sea conforme con este destino. En caso contrario, se perjudicaría el interés de la especial comunidad (art. 394 CC). Este destino es acabar la construcción del edificio y constituir el régimen de propiedad horizontal.

Cabe plantearse qué regla gobierna la adopción de acuerdos entre los comuneros. A falta de estatutos, pues si los hay se aplicarán estos (arg. art. 392 in fine CC), deben seguirse las reglas contenidas en los arts. 397 y 398 CC: mayoría para actos de mera administración y unanimidad para la de disposición o alteración de la cosa común.

Cuestión distinta es la de la aplicabilidad de las normas de propiedad horizontal, admitida por el TS como régimen supletorio. Si bien en la mayoría de casos, la ha rechazado en el caso de que en la cesión de suelo por obra no se hayan concretado, al menos, los departamentos que han de corresponder a cada interesado y se hayan fijado las cuotas de copropiedad. Si se admite esa aplicabilidad, puede fundamentarse la improcedencia de la acción de división en el art. 4 LPH. Desde este punto de vista MONET Y ANTON²⁵⁹, señala que se tratará de una comunidad de bienes de tipo dinámico y societario, que tiene por causa la voluntad de los interesados de construir el

²⁵⁸Véase VENTURA-TRAVERSEZ GONZALEZ, ANTONIO, op. cit. *La construcción de edificios en comunidad*, y LUCAS FERNANDEZ op. cit. *La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir*.

²⁵⁹

- MONET Y ANTON, FERNANDO: Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir, *Conferencia pronunciada en el ICAV el 8 de junio de 1963, Valencia 1967*

edificio en régimen de propiedad horizontal, como propiedades separadas e independientes. También las sentencias de 5 de junio de 1989²⁶⁰ y la de 22 de mayo de 1993²⁶¹, hacen referencia a esta comunidad de promotores para construir un edificio y constituir posteriormente el régimen de propiedad horizontal, pero como ya especificaba en la STS de 2 de abril de 1971²⁶², hay dos comunidades distintas, una inicial para la construcción y otra que nace cuando el título de propiedad horizontal se otorga.

Como señala PLANA ARNALDOS²⁶³ si entendemos que la situación que se produce entre cesionario y cedente es una comunidad, no parece que ni la comunidad romana ni la germana encajan perfectamente en el esquema al que se refería el artículo 13 anulado en este punto. Se trataría de una comunidad sobre el edificio similar a la situación de propiedad horizontal, con semejantes inconvenientes y problemas, pero esto no significa que tenga existencia efectiva la propiedad horizontal, pues ello no se producirá hasta el otorgamiento del título constitutivo.²⁶⁴

II.-Obligaciones y derechos de las partes. Transmisiones dominicales

Vinculado indudablemente a la naturaleza de la relación jurídica o la calificación del contrato se encuentra el fondo de la cuestión, es decir el contenido que debe entenderse inherente al mismo, de tal manera, que el contenido variará no sólo en función de los posibles pactos que establezcan las partes, sino que la naturaleza o carácter de la relación que hayan establecido, bien sea de permuta, aportación, arrendamiento de obra, cesión de vuelo, comunidad, etc.

²⁶⁰ STS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4296)

²⁶¹ STS de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3723)

²⁶² STS de 2 de abril de 1971 (RJ 1971, 1565)

²⁶³ PLANA ARNALDOS, M^a CARMEN, *Cesión de solar a cambio de obra futura*, op. cit. , pg 193

²⁶⁴ Esta posición no es unánime, recuérdese que hay autores como MIQUEL GONZALEZ, que no admiten el carácter esencial del título constitutivo. *Comentario a los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid ministerio Justicia, 1991, pg 1084

Partiendo de las obligaciones que se imponen a las partes, y con independencia de las cláusulas o pactos existentes, admitidas en virtud de la autonomía de la voluntad, son fundamentales las siguientes: para el cedente su obligación principal es la de transmitir la propiedad del solar al cesionario, y para éste será esencial la obligación de construir y entregar al cedente la propiedad de lo construido. Si bien ambas obligaciones deben matizarse como veremos a continuación.

1.- Obligaciones del cedente.

A) Obligaciones preliminares

Si bien la obligación esencial que se le exige al cedente es la entrega del solar, con independencia de cuando se transmite el derecho sobre el solar al cesionario, el cesionario necesita entrar en posesión del inmueble, para de modo fáctico desarrollar la construcción, y el cedente debe colaborar en todo aquello que fuere necesario para el cumplimiento de aquel fin.

La transmisión de la posesión al favor del cesionario llevará consigo tanto el traspaso de la posesión material de la finca, así como determinadas obligaciones a cargo del cedente necesarias para legitimar la labor que efectuará el cesionario. Esta obligación de colaboración, es imprescindible sea cual fuere la modalidad de contrato seguida, si bien en los supuestos en los que no se transmite la propiedad, se hace aún mucho mas importante.

Esta obligación es exigida por el TS en la sentencia de 5 de junio de 1987²⁶⁵ donde se reconoce que el cedente está obligado a no realizar nada que pueda perjudicar el desarrollo de la obra, y a transmitir la tenencia completa del solar objeto de cesión.

Dentro de las obligaciones previas y accesorias, se encontraría también el desalojo del solar o inmueble tanto por el cedente como por arrendatarios o terceros. Igualmente

²⁶⁵STS de 5 de junio de 1987 (RJ 1987, 4042)

se incluiría la obligación de demoler las edificaciones existentes, o la de permitir que dicha demolición se lleve a cabo por el cesionario. (STS de 14 de diciembre de 1992)²⁶⁶. En caso de existir edificaciones, debe estarse a lo pactado entre las partes en cuanto a quien debe realizarla, y si debe costearse a cargo de uno u otro contratante, pero si no se ha pactado nada al respecto de la posible edificación surge también la duda sobre a si la transmisión de la propiedad y de la posesión alcanza también a esta edificación y en consecuencia si puede proceder a su derribo el cesionario. La respuesta la encuentra el TS en la sentencia de 22 de enero de 1990²⁶⁷, en las normas sobre accesión, de tal manera que no puede separarse propiedad del suelo y de la edificación y por tanto el cesionario podrá retener la propiedad de la edificación. En contra se pronuncian autores como ALVAREZ MORENO²⁶⁸, quien entiende que la configuración de solar es clara y precisa, y por consiguiente no puede deducirse que englobe toda construcción que exista en él; además ello llevaría a que la obligación de demolición siempre sería a costa del cesionario, configurándose entonces como obligación natural, cuando en realidad no lo es.

B) Entrega del solar

La cesión del solar, como ya se ha anticipado no implica necesariamente la transmisión de la plena propiedad sobre la totalidad del mismo solar; se puede transmitir una cuota sobre aquel, o constituir un derecho real que bien por vía de la transmisión o de la reserva, permita al cesionario construir sobre el mismo solar, o incluso constituir un derecho personal, como el arrendamiento, que permita construir. Pero sea como fuere la forma que le envuelva, la transmisión del solar o terreno no presenta mayores problemas al tratarse de una “cosa presente”.

Sin embargo como ya se anticipó la cesión puede ser de todo el solar o de una cuota o incluso lo que es muy frecuente de un volumen edificable.

²⁶⁶ STS de 14 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10402)

²⁶⁷ STS 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 189)

²⁶⁸ ALVAREZ MORENO, M^a TERESA, “La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido, *Aranzadi*, nº4 mayo, 1995, pg 11

Al respecto, es de destacar la nueva regulación catalana (Ley 23/2001, de 31 de diciembre, LCF), por cuanto introduce el termino “edificabilidad” como gran novedad. Una de las bases de la regulación que la LCF prevé es lo que se refiere a la transmisión de la propiedad de las viviendas, locales u otros elementos prometidos por la parte cesionaria como contraprestación a la cesión del suelo o edificabilidad de la parte cedente. En particular, distingue y regula dos conceptos dedicados a esta cuestión: el primero se refiere a la llamada “adquisición en la transmisión total”, y trata de los contratos en que la parte cedente transmite la totalidad de la finca o la edificabilidad a cambio de la construcción futura, (art. 4). El segundo se refiere a la llamada “adquisición en la transmisión parcial”; esto es, aquella modalidad contractual en virtud de la cual la parte cedente no transmite toda la finca o edificabilidad de su titularidad, sino sólo una parte de la misma o de su edificabilidad (art. 5).²⁶⁹

Partiendo de ello, RUDA GONZALEZ²⁷⁰, distingue según se trate de transmisión total o parcial de la propiedad. Respecto de las características de la primera modalidad señala que el cedente se obligará a entregar la finca de su propiedad o la edificabilidad, para que el cesionario cumpla después sus obligaciones y le entregue las viviendas o locales. Parece pues seguir en la mayoría de los casos el esquema del contrato de permuta.

Pero, como fácilmente salta a la vista, no estamos sin más ante una permuta, pues no contamos con dos objetos presentes intercambiables, sino sólo con uno: el solar o su edificabilidad; el otro elemento es futuro, pues requiere de la previa construcción de las

²⁶⁹Vid. la Ley 23/2001 de Cesión de finca en sus artículos 4 y 5.

Artículo 4. Adquisición en la transmisión total.

Si la cesión se hace mediante la transmisión total de la finca o de la edificabilidad a cambio de la construcción futura, la entrega de las viviendas, los locales o las demás edificaciones que correspondan a la persona cedente se hace una vez finalizada la obra.

Artículo 5. Adquisición en la transmisión parcial.

Si la cesión se hace mediante la transmisión de una cuota de la finca o de la edificabilidad, en la descripción de las diferentes viviendas, de los locales o de las edificaciones proyectados ha de constar la respectiva adjudicación a cada uno de los propietarios, que ha de hacerse efectiva a medida que la obra se complete.

²⁷⁰Vid. RUDA GONZALEZ, ALBERT, *La transmisión de la propiedad según la Ley 23/2001 de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura*. Indret, Observatori de Dret Privat Europeu i Comparat, Universitat de Girona, Barcelona, 2004

viviendas, locales o cualesquiera edificación que se hubiera acordado. Es definitiva, el cesionario tendrá que construir antes para poder entregarle al cedente una parte de lo que hubiese construido. Es por ello que como ya se ha analizado con anterioridad, los problemas que la cesión planteará no se pueden resolver contando sólo con las normas sobre prestaciones de dar inherentes a la permuta –y, por remisión de aquella, a la compraventa (art. 1541 CC)-, sino que es necesario aplicar también las relativas a las prestaciones de hacer propias del régimen del contrato de arrendamiento de obra (arts. 1544 y 1588 a 1600 CC). El ejemplo más claro lo advertíamos en la responsabilidad por vicios o defectos constructivos (arts. 1591 CC y 17 LOE); todo y cuanto es evidente que dado que la cesión del cedente al cesionario ya se ha producido, no estamos ante un contrato de obra puro, al tratarse de obra en suelo propio y no ajeno.

Al hacer referencia a las obligaciones del cedente y ponerla en relación con el Derecho Catalán, debemos distinguir en función de la modalidad que se escoja²⁷¹. En el Derecho Catalán, con la LCF, nos encontramos con una primera modalidad, de cesión total, en la que tendremos que partir de la interpretación que se efectúe de la redacción del artículo 4, y posicionarnos en cuanto a si admitimos o no que se produzca la transmisión de la parte de obra ejecutada por el cesionario, de manera automática por el cedente, una vez acabada ésta, pues esto permitiría adelantar el momento en que la parte cedente adquiriría su propiedad y, por tanto, su protección sería evidentemente mucho mayor al poder utilizar desde entonces de los mecanismos defensivos mencionados.

Si profundizamos en la redacción del citado artículo, no se exige en ningún momento un acto de entrega ni real ni formal de lo construido a favor del cedente y, de acuerdo con lo anterior, se podría concluir, de momento, que la adquisición sí podría ser automática una vez finalizada la obra.

²⁷¹Tengase en cuenta que el artículo 2 de la Ley de cesión de finca catalana 23/2001 señala: *Modalidades.*

1. La cesión puede hacerse mediante:

a) La transmisión total de una finca o de la edificabilidad a cambio de la construcción futura.

b) La transmisión de una cuota de una finca o de la edificabilidad en la proporción que la persona cedente y la cesionaria determinen, constituyendo una situación de comunidad.

2. En el caso de transmisión total de una finca, la construcción futura se puede situar en una finca distinta de la que ha sido cedida.

Pero admitir esta conclusión, implicaría aceptar un supuesto de transmisión de la propiedad, ajeno a la teoría del título y el modo, en el que hay un contrato o título, pero en el que no existe, por no ser necesaria, la tradición, sino que la adquisición se produce por efecto de la ley. Este efecto, que el art. 1 llama “adjudicación”, dependería simplemente de una condición legal (condictio iuris) como es la finalización de la obra, siempre que antes se haya otorgado el título.

Efectivamente esta interpretación, excesivamente literal y algo forzada, como luego se analizará, no parece compatible con nuestro Derecho, y la teoría del título y del modo.

Quizá se entiende, como dice RUDA GONZALEZ²⁷² que *“derivaría de la necesidad de atribuir al precepto algún sentido, en lugar de entender que es simplemente repetitivo de la regla del título y del modo, y que en resumidas cuentas está de más. Obviamente, hasta qué punto el legislador ha buscado deliberadamente este resultado parece algo que es necesario dilucidar.*

De ahí, que si tenemos en cuenta el Derecho comparado, resulta que los ordenamientos jurídicos en los que rige la regla del título y del modo son, con carácter general, contrarios a admitir que la tradición de inmuebles se someta a condición, fundamentalmente por razones de seguridad del tráfico jurídico, ya que ello produciría una indeterminación en el tiempo de la titularidad, que en cualquier momento podría variar. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos más flexibles, como el italiano, donde la simple voluntad de las partes es suficiente para transmitir el dominio, y en consecuencia, no hay inconveniente inicialmente en admitir la tradición condicional. Así, por ejemplo, en el ordenamiento Italiano, el art. 1472 del Código Civil prevé que cuando se venda una cosa futura, la transmisión de la propiedad tendrá lugar en el mismo momento en que la cosa misma nazca. Por ello autores como RUDA GONZALEZ señalan que este puede haber sido el camino por el que ha optado la Ley Catalana.

²⁷²Vid. RUDA GONZALEZ, ALBERT, *La transmisión de la propiedad según la Ley 23/2001 de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura*, Indret, Observatori de Dret Privat Europeu i Comparat, Universitat de Girona, Barcelona, 2004

En conclusión, creemos que, dado lo forzado de esta interpretación, la forma impersonal de la redacción del precepto, la sistematización de la propia LCF, la ausencia de ningún criterio de interpretación previo al efecto, ni siquiera en la propia Exposición de Motivos de la Ley, parece más aceptable, y así también se pronuncia este autor, que evidentemente no podemos admitir que exista aquí una excepción a la teoría del título y del modo, y que no se haga necesario un acto traslativo o de entrega.

La segunda modalidad regulada en la legislación catalana, es la denominada como transmisión parcial, es decir, el cedente no se desprende de la totalidad de la propiedad del suelo, como ocurre en la primera modalidad, o en la modalidad clásica según el Derecho Alemán, sino que transmite sólo una parte del suelo o de su edificabilidad. Por tanto no es una originalidad propiamente, pues tanto el Derecho Alemán, como el francés, ya le recogen, e incluso el Derecho Romano la admitía.

En relación con esta modalidad se distinguen dos elementos en cuanto a las obligaciones de las partes:

- a) Por un lado, la transmisión parcial de la finca o edificabilidad. Es decir la obligación esencial del cedente. Éste es un aspecto que la LCF no regula de forma expresa. Sólo prevé que las partes determinen la proporción que se transmite, y la constitución de una “situación de comunidad” (art. 2.1.b);
- b) Y por otro, la transmisión de viviendas o locales prometidos por el cesionario.

La primera es el supuesto típico en que las partes han acordado la cesión de una parte indivisa del suelo y además han constituido la propiedad horizontal sobre la finca cedida (art. 1 LCF). Aquí, mientras el cesionario edifica se produce la situación que acostumbra a llamarse “prehorizontalidad”.

En ella ya existe un título de constitución de la propiedad horizontal pues así lo han acordado las partes, y una pluralidad de propietarios, aun cuando el edificio aún no esté

acabado. Por esto, las viviendas o locales no existen del todo y el régimen de propiedad horizontal no se puede aplicar plenamente.

En la transmisión de parte de edificabilidad, llamada cesión de cuota de edificabilidad, nos encontramos con una figura que posiblemente recuerde al que en su momento estableció el actualmente anulado art. 13 II RH *in fine*. También en aquel supuesto existía una comunidad, llamada “especial” (art. 13 I RH), entre las partes, y no se requería un acto adicional de tradición de viviendas o locales, sino que el cedente los adquiría paulatinamente. Sin embargo la diferencia primordial entre ambos supuestos estriba en que el art. 13 RH pensaba fundamentalmente en cesiones de suelo, no en cesiones de edificabilidad, como sí hace el legislador catalán.

Como ya hemos señalado, uno de los puntos de máxima relevancia en esta regulación, es la determinación de qué se entiende por “edificabilidad”.

La Ley Foral Catalana no define este término, pero se podría entender que se refiere a los supuestos de cesión de derechos de superficie o vuelo, pues ambos permitirían conseguir un resultado prácticamente idéntico a la cesión de la propiedad de suelo a cambio de viviendas o locales a construir. Desde este punto de vista, es cierto que estos derechos no siempre comportan que nazca una comunidad sobre el suelo (art. 2.1.b) *in fine* LCF) al mismo tiempo que el cedente los cede, cosa que sin embargo aquí sí sucede, ya que no podemos olvidar que el mismo artículo 1 parte del requisito de que las partes se han constituido en propiedad horizontal.

Quizá en este punto el legislador catalán ha tratado de dar plasmación legal, al fenómeno que dentro del mercado inmobiliario se está produciendo, donde el elemento de valor es la edificabilidad y no es tanto la porción en sí misma del solar.

Sin embargo, aun cuando el estudio en profundidad sobre la transmisión de propiedades se llevará a cabo más adelante, fundamentalmente por las consecuencias que de ello se van a derivar, no podemos obviar tesis, como la más reciente de ESPEJO

LERDO DE TEJADA²⁷³ que señala que en esta figura nos encontramos con un título de constitución voluntaria de comunidad más que ante una simple transmisión de propiedad exclusiva. Según este autor, el cesionario como persona obligada que está a realizar una obra sobre el solar, no debería poder transmitir el inmueble. El poder de libre enajenación del cesionario se debería referir exclusivamente a aquellas unidades construidas por él que le correspondan. Desde nuestra opinión consideramos también mucho más conveniente concebir la cesión de solar a cambio de obra sin dar por supuesto el efecto transmisivo de la propiedad exclusiva del solar. El elemento que debe cambiar de titularidad es la parte de obra que el cesionario ha construido, de ahí que sea la obra acabada la que se debe distribuir entre los contratantes, lo que implicara que el solar terminará siendo un elemento también compartido entre los contratantes, siendo inútil y desaconsejable una inicial transmisión al cesionario de la propiedad del solar, tal y como tendremos mas tarde ocasión de analizar.

Finalmente debemos incidir en las cuatro modalidades básicas de cesión en relación a la obligación de entrega, ya que una opción efectivamente es la transmisión de la propiedad del solar, transmisión que según ya hemos indicado, se llevará a cabo según la teoría del título y el modo bien de modo real, con la puesta a disposición material del solar, o bien de modo simbólico, mediante la escritura publica, regulándose especialmente como llevar a cabo las obligaciones preliminares de las que ya hemos hablado. Junto con este supuesto, tres más son igualmente posibles, la transmisión de una cuota del solar, la constitución de un derecho real sobre éste, como el derecho de superficie o el derecho de vuelo, y también la reserva de la propiedad del solar, con concesión de un derecho personal a favor del cesionario, que le permita edificar. No obstante la primera fórmula es la utilizada en la mayoría de supuestos fácticos, y por tanto la transmisión de la propiedad se convierte en obligación principal. No obstante, recordemos que solo será obligación esencial, cuando se opta por la modalidad de transmisión de la plena propiedad del solar, no así en los demás casos señalados, si no se hubiera pactado nada entre las partes. El TS en la sentencia de 16 de noviembre de 1994²⁷⁴, declara que en este supuesto

²⁷³ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL, *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil*. Universidad de Sevilla. Sevilla 2011, pg 59 y ss.

²⁷⁴STS 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8837)

de permuta, uno de los permutantes está obligado a la entrega material de la posesión, para que al tiempo, el otro pueda construir lo proyectado y dar cumplimiento a su obligación, pero no está obligado el primero a transmitir la propiedad del solar si así no se acuerda. No vamos a hacer más hincapié aquí en la transmisión de la propiedad ya que será objeto de estudio pormenorizado con posterioridad.²⁷⁵

C) Entrega libre de cargas. Obligación de responder del saneamiento por evicción

Como hemos señalado la obligación esencial del cedente, o aportante según terminología de MUÑOZ DE DIOS, es la entrega del solar libre de cargas y gravámenes, si bien luego cabría entregar un solar gravado, siempre que ambas partes lo conozcan y consientan, y que ello no impida la realización de propio contrato.

Resulta aplicable como señala ZURITA MARTÍN²⁷⁶ el artículo 1478 del C.c, porque el vendedor responderá frente al comprador tanto de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida, como de los vicios o defectos ocultos que tuviere.

Sin embargo no entiende aplicable razonablemente el artículo 1540 del C.c, de la permuta, en cuanto concede al que perdió la cosa recibida en permuta la posibilidad de optar entre recuperar la que dio en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios. El contrato de cesión estriba en el intercambio del solar o un bien futuro, la obra, y en consecuencia la opción del artículo 1540 quedaría reducida a ficción, ya que el constructor no puede reclamar lo que todavía no ha dado; por ello se entiende aplicable, pese a que los efectos en la práctica son idénticos, la normativa de la evicción propia de la compraventa.

Caso extremo sería la pérdida de parte de la cosa de tal importancia con relación al todo, que sin dicha parte el cesionario no la hubiere comprado. La dificultad esta

²⁷⁵ Véase Capítulo II Segunda Parte

²⁷⁶ZURITA MARTÍN, ISABEL, *El contrato de aportación de solar*, op. cit. pg 32

fundamentalmente en la cuantificación del precio y de la indemnización de los daños e intereses.

En relación a la obligación de responder por vicios o defectos ocultos, debemos destacar la necesidad, para que el contrato se lleve a término, de que el solar resulte edificable, es obvio que si se adquiere el solar para edificar una serie de plantas, es indispensable la condición de edificable que debiera tener el solar.

En el hipotético caso de que el solar ya tenga gravamen, no siempre se imposibilita el cumplimiento del contrato, pero deberá analizarse cada caso concreto.

En cualquier caso, deben distinguirse dos supuestos bien diferenciados de evicción. En primer lugar encontramos la llamada evicción de cargas, es decir la responsabilidad del vendedor o en esta caso cedente, por el hecho de que al comprador o cesionario, se le obligue por sentencia firme a soportar un derecho real a favor de un tercero, bien sea un usufructo, una servidumbre, un censo, etc.; pero de tal manera que el cesionario sigue en posesión de la finca transmitida.

Por otro lado, tendríamos la evicción por cargas, en la que el comprador o cesionario se ve desposeído de la finca, y pierde la misma totalmente por el ejercicio de una acción, por ejemplo la acción hipotecaria. Este es el caso por excelencia de pérdida de la cosa por evicción.

Si la carga es anterior a la transmisión del solar, es cuando se plantea el problema; fundamentalmente el de determinar la preferencia o prioridad.

Para determinar la preferencia debe seguirse el principio *prior in tempore potior in iure*, de modo que el derecho mas antiguo es el que tendrá preferencia sobre el más moderno. En caso de colisión de derechos reales que debieran tener entrada al Registro de la Propiedad, será la fecha de acceso al Registro la que debe tenerse en cuenta para determinar el rango que corresponde a cada derecho, incluso cuando el acto constitutivo de dicho negocio haya tenido lugar con posterioridad al otro.

Tampoco podemos olvidar los efectos de la inscripción registral, puestos de manifiesto en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, para el caso de aquellos derechos que debiendo inscribirse no están debidamente inscritos o anotados en el Registro.²⁷⁷

Pero si el derecho sí estuviere inscrito, con ignorancia del adquirente, y concurren los requisitos del artículo 1483 del C.c, es decir finca gravada, sin mencionarlo la escritura, con carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la hubiera adquirido el comprador si la hubiera conocido, ¿se podrá pedir la rescisión o indemnización?. A tenor del mismo artículo durante el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura, se podría ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización. Transcurrido dicho año, solo podría reclamarse la indemnización dentro de un periodo igual, a contar desde que se haya descubierto la carga o servidumbre.

Este artículo plantea dudas en relación a su aplicación. En primer lugar debe tratarse de una carga o servidumbre que grave la finca, de tal manera que como ha declarado el TS ya en la STS de 19 de abril de 1958 o en la de 15 de diciembre de 1992²⁷⁸, debe tratarse de un *derecho real, gravamen limitativo de los derechos de goce o disposición*. La complejidad se da especialmente en aquellos casos en el que el gravamen no reviste ningún signo exterior que permita conocer su existencia.

Las corrientes doctrinales se dividen entre quienes como los clásicos, entienden imputable al comprador las consecuencias de este desconocimiento, que pudo evitar

²⁷⁷Como señala ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario...*, op. cit. pg 37, “la tesis dualista que distingue entre el tercero del art. 32 y el tercero del artículo 34 ha servido para atribuir una nueva construcción expansiva de la función del Registro y un nuevo sentido al principio de inscripción, entendido éste como precisión de que, el general el papel o valor de la inscripción es configurar o conformador de la plena eficacia del derecho real, es decir que solamente las mutaciones jurídico reales inmobiliarias inscritas surten plenos efectos erga omnes, como si la inscripción fuere constitutiva, o sea cuasi constitutiva. La inscripción, en esta línea, se estructura, pues como si tuviere autonomía, y por tanto, con una fe pública originaria y una eficacia constitutiva en cuanto a terceros, por no emanar o derivar el asiento registral del título que se inscribe. Este (el documento público) solo hace fe del hecho que motiva su otorgamiento, y de la fecha de éste (art. 1218, párrafo 1º, del Código Civil), negándosele autenticidad sustantiva de fondo. Pero esta construcción dista aun bastante de la realidad y solo es teórica en nuestro Derecho Inmobiliario Registral, como señala ROCA SASTRE la inscripción continua siendo declarativa.

²⁷⁸ STS de 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 12393)

consultado el Registro, y quienes como DE ANGEL YAGÜEZ²⁷⁹ señalan que la inscripción crea una presunción susceptible de ser desacreditada si el comprador demuestra que omitió la consulta del Registro precisamente porque el vendedor excluye de forma expresa la existencia de la carga. De ahí que para DE ANGEL YAGÜEZ sea siempre necesario que el vendedor no hay sido culpable del desconocimiento sufrido por el comprador. Aunque difícilmente a un constructor experto en su materia pasará desapercibida la necesidad de consultar previamente en el Registro la situación registral de la finca que se va a adquirir. Por tanto este supuesto es mas teórico que realmente práctico.

Si atendemos a la normativa obligacional, el artículo 1184 del C.c en relación con el 1182 C.c., atribuye a la imposibilidad sobrevenida la extinción de la obligación. Ahora bien el constructor no puede quedar liberado sin más. Debe acreditarse que fue diligente, según las circunstancias de las personas tiempo y lugar. Y por tanto como constructor debiera pedir en el mas breve tiempo la oportuna licencia de obras, para acreditar haber sido diligente.

Por tanto, entendemos que aun en caso de inscripción del gravamen no debe excluirse *per se* la aplicación del artículo 1483, porque llevaría a favorecer al que ha obrado de mala fe, y que ha omitido conscientemente la existencia del gravamen, aun así es premiado impidiendo el ejercicio de esta acción por el contratante cesionario que sí ha obrado de buena fe y desconoce el gravamen.

En esta problemática aplicación del precepto, entendemos destacable la sentencia de 24 de octubre de 1996²⁸⁰. En ella, el comprador del solar ya había abonado además del pago inicial, tres plazos trimestrales pactados, y antes del último plazo, el cuarto, descubre que el vendedor tiene pendiente de pago, con carga sobre la finca varios impuestos, en particular el IBI de los ejercicios, mas otros recargos. Con todo ello el comprador requiere al vendedor para que al cobro de la última letra comparezca en la Notaria y otorgue la

²⁷⁹ DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, “Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del CC” *RCDI* 1971, pg 1345 y ss.

²⁸⁰ STS de 24 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7241)

correspondiente escritura pública de la finca vendida, acompañando las certificaciones del pago de los impuestos tal y como se había comprometido contractualmente. La sentencia señala en el Fundamento Segundo, que *“El tratar de justificar frente al comprador la ocultación del gravamen que pesaba sobre la finca, en función de que tenía la esperanza de que la carga podía ser menor, no influye en ningún caso en la decisión final de una acción de incumplimiento contractual, que tiene como base principal la existencia de unos impuestos impagados, que pesan sobre una finca transmitida libre de todos ellos. La obligación del vendedor era liberar en un principio la finca.”*

Finalmente, podemos plantearnos que ocurre si se trata de cargas urbanísticas, y si con ellas se dará el mismo tratamiento que a las cargas derivadas de derechos reales limitativos. En tal caso el régimen establecido en la legislación urbanística del que trataremos con posterioridad, permitiría al cesionario acudir a la rescisión. Sin embargo como ha declarado el TS en la Sentencia de 23 de octubre de 1997²⁸¹ a propósito de la distinción entre cargas y gravámenes por un lado y limitaciones urbanísticas por otro; señala en relación a éstas que no se trata de propios gravámenes, derivados del artículo 1483 C.c., relativo a los derechos reales limitativos del derecho de goce o de los dispositivos, en tanto en cuanto la carga supone para el titular del dominio la obligación de satisfacer alguna prestación

D) Entrega de solar edificable

Aunque ya hemos hecho alusión a esta cualidad de la finca, la obligación del cedente no solo implica la entrega del solar, sin gravámenes ni cargas, sino también, su condición de edificable, y por tanto, cabría también señalar en hipótesis, el supuesto en el que inicialmente el terreno sí fuere edificable, pero un cambio de planeamiento, determine una nueva calificación urbanística en el Plan que imposibilite el cumplimiento.

Si se comprueba la falta de culpa del deudor, con su obrar diligente, la consecuencia de la imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor será la resolución del contrato. Se procederá a reponer la situación originaria, reintegrando a las partes a la situación

²⁸¹STS de 23 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7181]

patrimonial anterior a la celebración del contrato, no siendo pertinente el abono de indemnización alguna por parte del deudor.

Esta imposibilidad sobrevenida de edificabilidad sobre la finca, la podemos poner en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, de manera que este cambio trascendental en el bien objeto de entrega del contrato puede dar lugar a causa del cambio de normas urbanísticas, a una revisión del mismo. Este es el caso tratado en la STS de 24 de febrero de 1993²⁸², en la que se admite como causa de resolución contractual, la concurrencia de impedimentos urbanísticos y administrativos, que frustran el fin para el que se contrató y suponen una modificación sustancial.

Sin embargo en la STS de 29 de mayo de 1998²⁸³, y la de 15 de noviembre de 2000²⁸⁴, se llega a una conclusión distinta, y no se aplica la cláusula *rebus sic stantibus*, la fundamentación común de ambas sentencias se encuentra en la determinación de que no puede imputársele al vendedor incumplimiento de sus obligaciones contractuales, ni puede imponérsele el deber de prever si en un momento futuro, que puede ser inmediato o más tardío, y siempre después de haberse consumado el contrato, pueda tener lugar un cambio de calificación urbanística, basado lógicamente en una decisión administrativa y por tanto discrecional. En conclusión deberemos estar en cada caso particular, las circunstancias que rodean la cesión y también el cambio de calificación urbanística, para poder al menos advertir atisbo de culpabilidad o reproche en la actuación del cedente o vendedor.

Caso bien distinto a los anteriores tiene lugar cuando se transmite un solar como edificable cuando no lo es. Es decir el plan urbanístico y la calificación del terreno objeto de la permuta, es público y conocido cuando esta tiene lugar. De hecho según la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y posteriormente la Ley 6/1998, y hoy RD Legislativo 2/2008, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en su artículo 19 señala que en las enajenaciones de terrenos deberá hacerse constar en el

²⁸²STS de 24 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1249)

²⁸³STS de 29 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4072)

²⁸⁴STS de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9214)

correspondiente título la situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda.²⁸⁵

²⁸⁵ Art. 19 Texto Refundido Ley del Suelo

1. *La transmisión de fincas no modificará la situación del titular de las mismas respecto de los deberes establecidos por la legislación urbanística aplicable o exigibles por actos de ejecución derivados de la misma. El nuevo titular quedara subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos así como en los compromisos que éste hubiera acordado o con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.*

2. *En las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título:*

a) *La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda.*

b) *Los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir, cuando los terrenos estén sujetos a una de las actuaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 14.*

3. *La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil.*

4. *Con ocasión de la autorización de escrituras públicas que afecten a la propiedad de fincas o parcelas, los notarios podrán solicitar de la Administración Pública competente información telemática o, en su defecto, cédula o informe escrito expresivo de su situación urbanística y los deberes y obligaciones a cuyo cumplimiento estén afectas. Los notarios remitirán a la Administración competente, para su debido conocimiento, copia simple en papel o en soporte digital de las escrituras para las que hubieran solicitado y obtenido información urbanística, dentro de los diez días siguientes a su otorgamiento. Esta copia no devengará arancel.*

5. *En los títulos por los que se transmitan terrenos a la Administración deberá especificarse, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, el carácter demanial o patrimonial de los bienes y, en su caso, su incorporación al patrimonio público de suelo.”*

De la redacción actual del artículo 19 L.S., a diferencia de la versión originaria del texto Refundido de 1992, se observa que será necesario el requisito de inscripción registral para que los compromisos que el anterior propietario hubiera adquirido con la Administración urbanística competente vinculen al nuevo propietario.

También es de destacar que la obligación de incluir en la escritura la situación urbanística de la finca, dará lugar en caso de incumplimiento, a que el comprador pueda pedir la rescisión del contrato en el plazo de cuatro años (plazo que ha sido ampliado respecto al de un año, en su redacción inicial) y la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la legislación civil. Por tanto, si la finca se cede con omisión de su carácter no edificable, o incluso con engaño manifiesto mediante la calificación de edificable cuando no lo es, estaremos ante una cesión que puede y debe considerarse anulable. La jurisprudencia en estos casos ha recurrido bien a la admisión del error (STS de 27 de mayo de 1983)²⁸⁶ y del dolo, o bien a la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones. Así encontramos la STS de 27 de marzo de 1989²⁸⁷ que declara la existencia de error en el comprador, que de haber conocido la prohibición de edificar, no habría adquirido el terreno, existiendo por tanto un error grave debido a que las circunstancias fácticas del terreno indujeron al comprador a error consistente en la aptitud para edificar del terreno, por no haber sido oportunamente informado de ellas. Este error es atribuible al comprador, y causa de nulidad del contrato. De modo análogo se pronuncia la STS de 28 de septiembre de 1996²⁸⁸, en la que se declara también la nulidad de la venta con base en el error sobre las cualidades sustanciales de la finca, al no reunir la condición de urbanizable.

²⁸⁶STS de 27 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2914)

²⁸⁷STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2201)

²⁸⁸STS de 28 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6820)

No obstante también encontramos supuestos, donde la condición de constructor del cesionario lleva a la conclusión, de que podía haber solicitado la calificación urbanística de la finca, o haber consultado el plan, sin que quede probado error o engaño.²⁸⁹

En todo caso cabría también pactar la modificación o reducción de la contraprestación del cesionario, de tal manera que permita un reajuste en el precio derivado del cambio de edificabilidad. Si bien, de no darse tales pactos, la modificación con posterioridad de las normas urbanísticas que afecten al solar, si ésta no es imputable al constructor, le liberará de su obligación, ya que se trata de un supuesto típico de *factum principis*. El problema que derivará entonces, será si el constructor que queda liberado, puede quedarse con el solar. Sin embargo al encontrarnos ante un supuesto de obligación sinalagmática se impondrá la resolución por imposibilidad sobrevenida liberatoria, y al extinguirse una de las obligaciones recíprocas, faltará la causa de la correlativa, por tanto el cesionario deberá restituir el solar al cedente.

E) Entrega en plazo

La obligación esencial del cedente como ya hemos señalado es la entrega del solar sujeto a la cesión; pero esta entrega de la finca, implica que el bien además de reunir todos los requisitos pactados, debe entregarse al cesionario dentro del plazo señalado al efecto, si así se ha pactado. De ahí que el retraso en la entrega del solar, es causa también de incumplimiento de la obligación de cedente. Este retraso puede deberse al incumplimiento de otras obligaciones previas o coetáneas, como puede ser un previo desalojo, o la dejación de la vivienda por el propio cedente. En cualquier caso será imputable al mismo salvo prueba en contrario.

²⁸⁹STS de 20 de junio de 1996 (RJ 1996, 5105) o la STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 1816), al declarar que la demandada conocía o al menos podía conocer la situación de la parcela que adquirió, consultando los datos de la misma en el Registro de la Propiedad, y la situación urbanística, en el correspondiente Ayuntamiento, pero como no lo hizo, su error no reúne todos los requisitos para determinar la nulidad, ya que no le es inexcusable, es decir con una diligencia normal podía haber evitado el error.

Si las partes no hubieren fijado plazo²⁹⁰, el cedente está obligado a la entrega desde que se perfecciona el contrato, poniendo la finca a disposición del cesionario. Es posible que nos encontremos con un plazo fijado para la entrega, de hecho cuando la finca tiene una carga, como es muy común una hipoteca, suele ser habitual la concesión en el mismo contrato de un plazo, para que o bien se libere previo pago de la carga hipotecaria, o se acuerde la subrogación en la misma del cesionario. Podemos encontrar también supuestos de finca total o parcialmente sometida a contrato de arrendamiento, en los que como ya hemos señalado, será necesaria la resolución del mismo, o la renuncia del arrendatario, e incluso cabe el mantener un derecho del retorno del arrendatario sobre alguno de los nuevos pisos o locales. En estos supuestos también es habitual la inclusión de un plazo o término para la entrega de la finca, que permita solucionar estas cuestiones al cedente.

El incumplimiento del plazo dará derecho al cesionario a la resolución del contrato, o el mantenimiento del mismo, y a la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios. No entramos en este momento a analizar los problemas derivados de este incumplimiento, pues son objeto de estudio más adelante²⁹¹.

2.- Obligaciones del cesionario.

A) Entrega de cosa futura, “*emptio rei speratae*” y “*emptio spei*”

Si continuamos con las obligaciones de las partes, la obligación del cesionario estriba en la entrega de la obra terminada al cedente, o de un porcentaje de aquella perfectamente individualizada.

El problema como ya se advierte es la diferente posición que éstas obligaciones deja a las partes, puesto que el cedente se obliga a cumplir su obligación en primer término, para que luego proceda a su cumplimiento el cesionario. Pues inicialmente la obra que el cesionario debe transmitir no existe físicamente, es de carácter futuro, por lo que plantea

²⁹⁰Este es el caso mas habitual, de manera que en opinión de LOPEZ FRIAS, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, op. cit pg 22, se produce la transmisión de la propiedad del solar en el momento de la celebración del contrato.

²⁹¹ Véase apartado I, Capítulo IV, Segunda Parte

la duda de cual es la naturaleza del derecho que sobre ello pueda tener el cedente, hasta la efectiva entrega.

En función de la naturaleza del derecho que se le otorgue al cedente, podrá determinarse el momento en que se entiende transmitida la propiedad, como más tarde señalaremos y tendremos ocasión de profundizar en sus efectos.

De este modo, si configuramos el negocio como un arrendamiento de obra, el cedente conserva en todo momento la propiedad del suelo, paga al cesionario la obra con una parte de lo edificado, pero nunca llega a desprenderse del dominio del suelo, sino que va adquiriendo por accesión conforme se va edificando. En este modelo, no se plantean problemas sobre la transmisión dominical de los pisos, pero sin embargo, como propietario asume la responsabilidad en la construcción y frente a terceros.

Señala PLANA ARNALDOS²⁹², las ventajas en este orden, que presentan las modalidades de cesión de suelo, mediante la constitución de derecho de vuelo o de derecho de superficie. Tanto si se concede el derecho a edificar sobre finca ajena constituyendo un derecho de vuelo, como si se hace transmitiendo temporalmente la propiedad para luego revertir el dominio de lo que se construye en el dueño del suelo (primero derecho de vuelo, segundo derecho de superficie), en ambos casos el cedente adquiere el dominio de la construcción conforme a la accesión.

Tampoco plantea problemas esta cuestión, cuando se constituye el derecho a la adquisición de los pisos, como una transmisión del dominio del solar con reserva del derecho de vuelo.

En conclusión los problemas sobre la determinación del momento de la transmisión del dominio, se generan cuando se adopta la forma más habitual y tradicional que es la cesión, o permuta. Y previo a la determinación de dicho momento debe analizarse si la

²⁹²PLANA ARNALDOS, M^a CARMEN, “ La transmisión de dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.,2002, Tomo 78, n° 674

obligación de entrega del cesionario recae o no sobre cosa futura, pues inicialmente la obra no está terminada, ni siquiera iniciada.

En el Derecho Romano, no encontramos una construcción teórica general sobre la compraventa de cosas futuras, pero se elaboraron dos modalidades de compraventa que sí encajan en el concepto de compraventa de cosa futura: *la emptio rei speratae* y *la emptio spei*. Según señala ROGEL VIDE²⁹³ la diferencia fundamental entre ambas modalidades consiste en que en la *emptio rei speratae* la perfección tendrá lugar cuando la condición se cumpla, esto es, cuando la cosa esperada adquiere existencia o nazca. Desde entonces los riesgos de la cosa pasarán al comprador, si bien éste último salvo pacto en contrario, sufrirá la pérdida en caso de que no tuviere culpa el vendedor.

En la *emptio spei* el objeto de la venta no es la cosa futura en si misma, sino la probabilidad que se presenta en relación al sí y cuanto de la producción o existencia de la misma. Es decir en este caso el contrato asume un carácter de aleatorio que no tiene en el caso la *emptio rei speratae*. Si la cosa que fuera esperada no llegar a nacer o existir, la venta se consideraría inexistente por falta de objeto. Si embargo en la *emptio spei*, o compraventa de esperanza, el comprador se obliga frente al vendedor a entregar el precio pactado aunque la cosa que el vendedor debe entregar no nazca.

También ROGEL VIDE, en su análisis sobre la sentencia de 30 de octubre de 1989²⁹⁴, vuelve a ser incisivo sobre la diferencia entre ambas modalidades, y señala que la compraventa de cosa futura, al ser un contrato conmutativo, hace recaer en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entrega al comprador de la cosa vendida, después de que tenga existencia la misma, junto a la obligación de ejecutar toda la actividad necesaria para que esta existencia llegue a tener lugar. De ahí que no haya inconveniente en poder calificar de venta de cosa futura, la venta de una vivienda en construcción, donde el vendedor asume la obligación de entrega de la misma al comprador una vez que haya terminado o finalizado la obra, y sin embargo no puede admitirse atribuir esta calificación

²⁹³Vid. ROGEL VIDE, CARLOS, *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1975, pg 28 y ss.

²⁹⁴ STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6976)

al supuesto en el que vendedor se desvincule y se exime de la obligación de terminación de la obra y entregarla.

BLASCO GASCO²⁹⁵ aplicando estos criterios a la permuta, a raíz de la STS de 5 de julio de 1989 [RJ 1989, 5400]²⁹⁶, señala que la futura materialidad o existencia de la cosa objeto del contrato se asume como obligación por una de las partes, y esto por un lado impide que se califique el contrato de *permuta spei*, y además añade un matiz a la *permuta rei speratae* ya que una de las partes, el cesionario, se obliga a dar existencia a la cosa esperada. Ello lleva a determinar que si la cosa no adquiere existencia real, habrá un claro incumplimiento contractual, no solo por la esencialidad de la prestación sino por la imposibilidad física y jurídica de transmitir la propiedad de la cosa objeto de la prestación principal. Ello llevaría según este autor, en caso de no llegar a existir el piso futuro, no a la ineficacia del contrato, como sería la permuta *rei speratae* en general, sino a que el contrato sí sea eficaz, pero con un incumplimiento atribuible e imputable al cesionario salvo por caso fortuito o fuerza mayor, por lo que acudiremos a los artículos 1124, 1503, y 1504 C.c.

En el derecho Italiano, el artículo 1348 del Codice Civile²⁹⁷ permite que la prestación futura sea objeto del contrato, y en concreto lo admite el artículo 1472 para la compraventa como ya vimos. Igualmente lo hace el ordenamiento francés, en el artículo 1130 del Code Civile²⁹⁸. Sin embargo en el ordenamiento alemán, el BGB en su artículo 310 declara la nulidad del contrato por el que una parte se obliga a transmitir su patrimonio futuro o parte de él o a gravarlo con usufructo.

Esta dualidad de posiciones, en relación a la admisibilidad de negocios sobre cosa futura, y en particular la dificultad que plantea el problema de explicar cuando y cómo se

²⁹⁵Vid. BLASCO GASCO, FRANCISCO, “Comentarios a la Sentencia de 5 de julio de 1989”, *CCJC*, núm. 21 septiembre-diciembre 1989, pg 795 y 796

²⁹⁶ STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 5400)

²⁹⁷ artículo 1348 Codice Civile “La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto...”

²⁹⁸ artículo 1130 Code Civile “Les choses futures peuvent être l’objet d’une obligation...”

produce la adquisición en estos casos, será un problema paralelo a los sistemas consensualistas de transmisión del dominio, como el francés o italiano, y los sistemas de carácter abstracto como el germano.

De ahí que en el Derecho Italiano, la adquisición de la propiedad según señala CALONGE²⁹⁹, se entiende producida cuando la cosa tenga existencia. Pero esta circunstancia no obsta para que el negocio sea consensual, puesto que el principio de transmisión consensual no implica necesariamente que la transmisión del dominio sea instantánea, puede dejarse para un momento posterior al contrato.

En el Derecho Francés, como hemos mencionado, la adquisición de la cosa futura sobre la que recae el negocio, sólo se entiende producida cuando ésta exista. Cuando se trata de un inmueble, la regulación la encontramos en los artículos 1601-1 a 1601-4 del Code, que deben ponerse en relación con la Ley 261-1 del Code de la Construcción.³⁰⁰ De esta regulación resulta que junto a la obligación de entrega, se deriva la de construir en un determinado plazo. Siguiendo a MALINVAUD Y JESTAZ³⁰¹, el Code Civil recoge dos modalidades de compraventa de inmueble a construir: la venta a término, donde la transmisión no plantea problemas pues se produce cuando la obra está ya acabada; y la venta en estado de futura terminación, donde el vendedor transmite inmediatamente al comprador su derecho sobre el suelo y sobre las construcciones que existieren, y en relación a las obras futuras, las va adquiriendo conforme se vayan realizando.

En la modalidad de venta a término, el problema práctico estriba en que los efectos de la adquisición serán retroactivos, lo que implicará la cancelación de todos aquellos derechos que se hayan constituido durante el periodo que transcurre hasta la terminación de obra que se constata con el acta auténtica. Caso muy común es la constitución de una

²⁹⁹CALONGE MATELLANES, ALFREDO, *La compraventa de cosa futura: desde Roma a la doctrina europea actual.*, Universidad de Salamanca, 1963, págs. 186 y ss.

³⁰⁰ Art. 261-1 Code de la Construcción: “La vente d’inmeuble á construire est celle par laquelle le vendeur s’oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat...”

³⁰¹MALINVAUD PHILIPPE, JESTAZ PHILIPPE: *Droit de la promotion immobilière* Dalloz, 8ª edición, 2009

hipoteca para la construcción misma, que solo puede salvarse, acudiendo al mandato, de manera que el adquirente consienta la afección hipotecaria.

En el supuesto de venta en estado de futura terminación, la obra se va adquiriendo por el comprador, en la medida que se va realizando, por tanto conforme los principios de la accesión, si bien el Code Civil, no lo contempla así ya que el adquirente no siempre es propietario del suelo, de ahí que no siempre encaje en el modelo puro de accesión.

B) Entrega de la propiedad

En nuestro ordenamiento jurídico, en aplicación de la teoría del título y modo (art. 609 del Código Civil), para la transmisión de la propiedad será necesario un contrato o título, y la entrega o *traditio*.

La transmisión de la propiedad de esta obra, pisos, locales, o cuotas sobre aquellos, según criterio predominante de la Sala Civil del Tribunal Supremo, no tendrá lugar hasta que se produzca la entrega de aquellos después de finalizada la obra, pero sin embargo en la doctrina, como hemos observado, hay una tendencia a admitir el efecto traditorio de la escritura pública del contrato de cesión³⁰². Ello como es evidente, para tratar de evitar el riesgo que tiene el cedente, consistente en primer lugar, en la posibilidad de que el cesionario realice actos dispositivos a favor de un tercero de buena fe que pueda estar protegido registralmente, ejecución de una hipoteca constituida por el cesionario para la construcción de la obra, o cualesquiera otros gravámenes. En segundo lugar el riesgo económico, que le lleva a sufrir por las vicisitudes que pueda pasar el cesionario, como una situación de concurso, o incluso una estafa. Y a ello añadir, como es obvio, los riesgos urbanísticos, a los que también estará expuesto.

³⁰²Como señala LOPEZ FRIAS, M^o CARMEN, op. cit., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, pg 19 y ss., si el negocio se constituye en documento privado, se producirá la adquisición de la propiedad cuando el cesionario haya tomado posesión del inmueble. Pero si se constituye en documento público, la misma Escritura equivaldrá mediante la tradición instrumental, a la entrega, y por consiguiente se entenderá transmitida la propiedad del solar desde el mismo momento de celebración del contrato

Para tratar de paliar este desequilibrio, la doctrina distanciándose de la posición jurisprudencial dominante, ha tratado de defender la aplicación de la tradición instrumental al contrato de cesión de solar a cambio de obra, incluso cuando de obra futura se trata. Así lo hace MERINO HERNANDEZ, LUCAS FERNANDEZ o ALONSO CASADO.³⁰³ De no existir esta forma de tradición espiritualizada, no cabría plantear la transmisión de la propiedad de la obra del cesionario, hasta su existencia real, después de terminada; sin embargo estas formas de *traditio ficta* tienen su reconocimiento en artículos como el 1462.2 C.C., o el 1463 del mismo cuerpo legal.

No hay problema en admitir un contrato sobre cosa futura, pero evidentemente tendrá efecto obligacional, por falta de objeto, y una vez devenga existente será necesaria su entrega para que se den los efectos reales y por consiguiente la transmisión. De ahí que en nuestro sistema, a diferencia de los sistemas consensuales, esta circunstancia no es una excepción, ni una particularidad, es el régimen ordinario de la transmisión de los derechos reales.

La doctrina ha tratado de paliar los problemas derivados de este escollo. Como señala ESPEJO LERDO DE TEJADA³⁰⁴, aunque son varias las soluciones dadas y todas ellas encaminadas a dar solución a la posición jurídica del cedente. Para este autor lo que hay que abordar es este defecto de origen. Algunas de las soluciones doctrinales propuestas parten de atribuir un significado forzado al término de tradición y permitir que la transmisión de los pisos pueda tener carácter inmediato, aun cuando estos no existan.

Otra explicación teórica que a juicio de este autor no cabe admitir es acudiendo a la mencionada categoría del *ius ad rem*, sosteniendo que la posición del cedente mas que simplemente obligacional sería intermedia entre la obligación y el derecho real, pero a su

³⁰³Vid. MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, “*El contrato de permuta*, op. cit. pg 352, y ss.; LUCAS FERNANDEZ, FRANCISCO, op. cit. *La contratación sobre edificio futuro* pg 306, o ALONSO CASADO, JUAN, op.cit. *Permuta solar por piso futuro*, op. cit Boletín Colegio Registradores

³⁰⁴ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL, op. cit *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil* pg. 45

juicio “ esta elucubración en relación a la fantasmagórica categoría del *ius ad rem*, ni tiene su apoyo en el Código Civil, ni conduce a soluciones claras.”

La doctrina se encuentra dividida entre aquellos autores que aplican la tesis de la eficacia transmisiva diferida a la escritura pública, como SERRANO CHAMORRO³⁰⁵, que mantienen la imposibilidad de que sobre bienes futuros puedan existir derechos reales, y niegan su transmisibilidad hasta su existencia real, pero entendiendo que en este momento ya no será necesaria una segunda escritura, sino que basta la otorgada para que se produzca la traslación de la propiedad una vez terminada la obra. El problema que se encuentra en esta tesis es que no se producen efectos retroactivos, y por tanto los riesgos antes mencionados para el cedente siguen existiendo.

Por otro lado, autores como SERRANO GOMEZ³⁰⁶ defienden la tesis por la que la escritura permite directamente la adquisición actual de un derecho real sobre un inmueble futuro, y ello sin desvirtuar nuestro sistema de adquisición basado en la teoría del título y el modo. Para este sector doctrinal, cuando el piso o local esté meramente proyectado conforme a planos que permitirían la constitución de la propiedad horizontal sobre el inmueble, éste piso o local ya existe lo que permitiría que la *traditio* se llevara a cabo mediante la escritura pública, momento a partir del que debe entenderse producida la transmisión del dominio o derecho de que se trate, y despliegue sus efectos, haciendo innecesaria una segunda escritura pública. En este supuesto aunque la *traditio* no comporte desplazamiento posesorio, puede implicar la transmisión dominical. Esta postura es en general la defendida por la DGRN, como en las resoluciones de 16 de mayo de 1996³⁰⁷, o la de 25 de enero de 2001³⁰⁸, recuérdese aquí la posición defendida por GARCIA GARCIA³⁰⁹, sobre la que más adelante volveremos a incidir; y también podemos encontrar alguna sentencia del TS, si bien siguen siendo escasas.

³⁰⁵ Vid.: SERRANO CHAMORRO, M^a EUGENIA, *Cambio de solar por edificación futura*, 3^a edición, Navarra, 2002, pg. 192 y ss.

³⁰⁶ Vid.: SERRANO GOMEZ, EDUARDO: *El contrato de cambio de solar por edificación futura*, 2004

³⁰⁷ Resolución de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3950)

³⁰⁸ Resolución de 25 de enero de 2001 (BOE 23 de febrero de 2001)

En tercer lugar puede analizarse la postura de quienes como RUDA GONZALEZ, hacen una crítica a las posturas anteriores señalando que lo verdaderamente relevante es saber desde qué momento el cedente está protegido frente a los acreedores del cesionario. En opinión de este autor, debe abandonarse la idea de que para reforzar la posición del cedente, sea necesario que adquiriera el dominio de la obra, y propone que la protección del cedente la obtenga por la concesión del derecho a ejercitar la tercería de dominio, de conformidad con el artículo 595.2 de la LEC, que legitima activamente para interponer la tercería de dominio a “quienes sean titulares de derechos, que por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado”. Sin embargo esta posición que entronca perfectamente con la naturaleza de *ius ad rem*, con una mayor incidencia del elemento real que obligacional, tiene como claro escollo, la necesidad de que un precepto legal expreso determinará su legitimación activa, cosa que desde luego no se da hasta la fecha.

En caso de admitir que cabe constituir un derecho real sobre un bien futuro, y por tanto atribuir el valor traditorio a la escritura de transmisión de los pisos o locales futuros, deben concretarse los requisitos que deben darse para que la escritura pueda producir efectos traslativos del dominio. Estos requisitos serán: que conste la voluntad inequívoca de las partes de transmitir la propiedad, y que el objeto, obra, piso o local, esté perfectamente identificado.

En cuanto a la voluntad de las partes, podría entenderse que este requisito deba constar o concurrir expresamente ya que las partes pueden preferir que la transmisión tenga lugar en un momento posterior; aunque del tenor del artículo 1462.2 CC podría deducirse que la regla general debe ser la presunción de que las partes si tienen voluntad de transmitir la propiedad. En este punto ROCA SASTRE³¹⁰ indica que como elemento básico junto con el contrato de finalidad traslativa, en un proceso de adquisición de la propiedad inmueble por negocio jurídico, la fórmula más adecuada es adoptar el acuerdo

³⁰⁹Vid. GARCIA GARCIA, JOSE MANUEL, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Navarra 2009.

³¹⁰ROCAS SATRE, RAMON, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, op cit.*Derecho hipotecario...*, pg 50

real, como voluntad concordada de transmisión entre transmitente y adquirente (o decretado por el juez en su caso), y apoyado siempre casualmente en dicho contrato obligacional de finalidad traslativa. El acuerdo puede simplificarse muchísimo y llegar a quedar reducido a una cláusula más de la escritura, ello sin perjuicio de poder hacerlo constar también en otra escritura independiente.

Respecto a la identificación del objeto, cabe a su vez distinguir según se haya constituido la propiedad horizontal mediante la escritura de división horizontal, o nos encontremos con una situación de “prehorizontalidad”.

En el primer caso, el objeto podrá quedar determinado mediante la correspondiente escritura de división horizontal, al constituirse la propiedad horizontal, normalmente de manera simultánea a la declaración de obra nueva. Desde ese momento, puesto que debe entenderse que el piso o local tiene existencia jurídica, está ya determinado.

La inscripción registral del piso o local debe reunir los requisitos exigidos en el artículo 5 LPH para el título constitutivo, por tanto debe contener la descripción del inmueble en su conjunto y la de cada piso o local, con su correspondiente número correlativo. En la descripción de cada local se debe expresar su extensión, linderos, planta, anejos si los tiene y la cuota de participación que tiene en el inmueble.

Esta división horizontal, plantea así mismo el problema de cuándo puede acceder al Registro, pero en este caso tal y como señala el artículo 8.4 de la LH, basta con que la edificación este comenzada. Expresión que como en su día ya defendió DE LA CAMARA³¹¹, es suficiente con que la edificación este proyectada.

Para SERRANO CHAMORRO³¹², la idea de piso proyectado exige realizar tres puntualizaciones. En primer lugar, el piso proyectado, implicará por su propia naturaleza fáctica que se trata de una cosa que se genera o produce en el tiempo de manera paulatina y a costa del cesionario. Esto implica que el piso pasará de proyectado (inicialmente) a

³¹¹DE LA CAMARA ALVAREZ, MANUEL, op. cit *Estudios de derecho civil*, pg 874

³¹²SERRANO CHAMORRO, M^a EUGENIA, op. cit. *Cambio de Solar por Edificación Futura*

estar en construcción, para después pasar a estado de terminado. En segundo lugar, el piso proyectado es siempre un piso, local o apartamento de un edificio, ello exige que se trate de un espacio suficientemente delimitado, y susceptible de aprovechamiento independiente. Lo que también implica el requisito de la fijación en el contrato de los datos que conforman la total figura o edificio. Y por último, debemos aludir al tratamiento registral, donde inicialmente no cabía inscripción alguna de los pisos proyectados. Más tarde la Ley de 26 de octubre de 1939 permitió su inscripción, con grandes críticas por la doctrina. Y por último la Ley de 30 de diciembre de 1944, dio un nuevo giro y pasa a recoger que los pisos proyectados se harán constar en la inscripción del solar o del edificio en su conjunto; lo que se ha seguido por la actual Ley de Propiedad Horizontal.

Efectivamente como señala PLANA ARNALDOS³¹³ al ser de aplicación el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal³¹⁴ en el mismo contrato deberá describirse el inmueble en su conjunto y cada uno de los pisos o locales y si bien debe decirse que no es necesaria teóricamente la inscripción del régimen de propiedad horizontal para la determinación del objeto. Lo cierto es que la realidad se impone, y puesto que tiene que tener lugar esta inscripción, ya que solo entonces se podrá hacer constar el derecho del cedente, es conveniente que ya en el mismo contrato conste la descripción conforme exige la Ley de Propiedad Horizontal.

³¹³PLANA ARNALDOS, MARIA DEL CARMEN, op. cit. *Cesión de solar a cambio de obra futura*, pg180

³¹⁴Art. 5 LPH.:*El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano.*

En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

En cualquier modificación del título, y a salvo lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución.

A partir de este momento, se produce una transformación del solar, inmueble único, en una pluralidad de pisos o locales, lo que llevará a abrir folio registral para cada uno, que pasarán a ser fincas independientes.

Por tanto, en este primer caso, mediante la división horizontal se ha determinado ya los pisos o locales en construcción, de manera que su constitución para poder formalizar la cesión de finca ya no supone problemas, pues no es cosa futura; sino que podrá transmitirse por la eficacia traditoria de la escritura de permutara de suelo a cambio de obra. Así cedente y cesionario podrían otorgar la declaración de obra nueva y la división horizontal, aun cuando la obra no haya empezado, siempre que este proyectada.

El segundo caso lo encontramos cuando no concurren los requisitos de la propiedad horizontal, pero sí tenemos una situación de prehorizontalidad. En esta fase, según el artículo 8.5 LH, los pisos o locales no pueden inscribirse como finca independiente, hasta no tener la división horizontal; pero de conformidad con el artículo 8.4 LH estos pisos y locales pueden hacerse constar en el folio registral abierto al solar; así se ha reconocido por la DGRN, como en la conocida resolución de 5 de noviembre de 1982, y posteriores.

La jurisprudencia, como ya hemos mencionado ha ido variando su posicionamiento, y así podemos mencionar sentencias como la de 1 de julio de 1992³¹⁵, donde encontramos un solar sobre el que se proyecta una construcción autorizada comprensiva del local enajenado, pendiente de su configuración definitiva exterior, una vez se llevara a cabo la edificación. Por tanto la existencia material del objeto se condicionaba a su construcción y en el momento de la perfección del contrato se da como hecho futuro pendiente de consolidación.

Por otro lado también destaca la STS de 8 de marzo de 1995³¹⁶, refiriéndose a la transmisión de locales comerciales en edificio en construcción, donde ya existía régimen

³¹⁵STS de 1 de julio de 1992 (RJ 1992, 6498)

³¹⁶STS de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2154)

de propiedad horizontal, proyecto técnico, y en consecuencia objeto futuro pero plenamente determinado.

En el derecho francés, también será necesaria dicha descripción pormenorizada de facto. Así, en opinión de MALINVAUD Y JESTAD³¹⁷, en Francia el negocio de cesión de suelo a cambio de pisos futuros, puede llevarse a cabo mediante dos formulas. La “*dation en paiement*”, que sería el modelo clásico, a cambio del terreno el cedente adquiere ciertos pisos en el edificio a construir. Y por otro lado la “*cession de milliemes*”, semejante a cesión de cuotas (derecho germano), donde el cedente transmite una cuota del terreno y conserva otra, y adquiere los pisos o locales que se construyan por accesión. La situación de indivisión que crea esta situación entre las partes, afecta tanto al solar como a los pisos, y lleva a la obligación que recae sobre las partes de proceder a partir el inmueble, determinado la propiedad individual de cada uno; de ahí que para evitar este resultado, en el contrato de cesión deben establecerse las precisiones necesarias a estos efectos, y regular la copropiedad.

En la legislación catalana se exige expresamente que se constituya el régimen de propiedad horizontal para la identificación concreta del objeto³¹⁸. No obstante debemos nuevamente señalar que en la LCF, se distinguen dos formas de transmisión, según la modalidad contractual elegida por las partes. Si el cedente ha transmitido toda la “finca o edificabilidad” (art. 2.1.a)), la transmisión de las viviendas o locales tendrá lugar “una vez finalizada la obra” (art. 4). En cambio, si sólo cedió una cuota o parte (art. 2.1.b)), la “adjudicación” se producirá “a medida que la obra se complete” (art. 5).

³¹⁷MALINVAUD PHILIPPE, JESTAD PHILIPPE, op. cit. *Droit de la promotion immobilière*, pg 564-565

³¹⁸Art. 1 LCF: *Concepto*.

El contrato de cesión de una finca o de una determinada edificabilidad a cambio de la adjudicación de una construcción futura o resultante de la rehabilitación requiere, en el momento de formalizarlo, que se determinen las viviendas, los locales o las demás edificaciones con indicación de cada uno de los adjudicatarios y, cuando lo que se haya de construir o lo que resulte de la rehabilitación sean viviendas o locales de una edificación, que se constituya el régimen de propiedad horizontal como identificación necesaria.

Pero a diferencia de lo que se hubiera deseado, la LCF no regula de forma expresa de qué manera concreta se produce la transmisión de las viviendas o locales en ninguna de las modalidades.

A nuestro juicio, en la primera modalidad mencionada no queda claro si es preciso que el cesionario realice un acto adicional de entrega de las viviendas o locales, una vez construidos, o bien, si éstos se entienden transmitidos automáticamente por el simple hecho de que haya finalizado su construcción. Ya hemos señalado nuestra posición, partidaria de entender necesaria la entrega, y aplicable, como no puede ser de otro modo, la teoría del título y el modo. Sin embargo y pese a ser esta también la posición de PLANA ARNALDOS³¹⁹, si bien al respecto RUDA GONZALEZ³²⁰ concluye que el legislador catalán tendría conforme el artículo 595.2 LEC competencia suficiente para regular la transmisión de la propiedad en otro sentido.

Tampoco en la segunda modalidad prevé la LCF cómo se transmite la propiedad. Al indicar que la adquisición se efectúa a medida que se completa la obra, aunque se puede entender que se realiza por accesión.

Aquí, las dudas derivan de que la Ley catalana no define claramente su ámbito objetivo de aplicación, pues como ya se ha señalado parte del concepto de edificabilidad pero en ningún lugar especifica qué entiende por “edificabilidad”.

En cualquier caso, como ya se señaló en relación al Derecho germano, en el que se observa un gran paralelismo con la Ley catalana de Cesión de Finca, el mecanismo adquisitivo previsto en el artículo 5, cesión de cuota, puede proporcionar al cedente una protección más intensa que la que le otorga la modalidad de cesión total, porque, al tiempo que evita que se desprenda de toda su finca, le asegura que adquirirá la obra de una forma ágil, sin tradición del cesionario. Es éste, como bien se destaca por la doctrina mas

³¹⁹PLANA ARNALDOS, M^a CARMEN, op. cit. *Cesión de solar a cambio de obra futura*, pg 321

³²⁰RUDA GONZALEZ, ALBERT, op. cit *La transmisión de la propiedad según la Ley 23/2001 de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura*

reciente, uno de los mayores aciertos de la LCF. De ahí que en su día se proclamó su carácter de vanguardista y moderna.

Por último cabe también señalar un tercer caso que se produce cuando la escritura de cesión no ha accedido al Registro, ni tras la división horizontal, ni tras la situación de prehorizontalidad. Pero aun en este caso, ya que esta inscripción no tiene naturaleza constitutiva, no podemos negar el efecto traditorio de la escritura de cesión, como ya hemos recordado con anterioridad; es desde el otorgamiento de la escritura cuando se produce la transmisión o el nacimiento del derecho real a favor del cesionario; la posible inscripción posterior permitirá como es lógico reforzar la posición del cedente, con los beneficios que se derivan de ella.

El hecho de atribuir efectos traditorios a la escritura de cesión de solar por obra futura, no hace más que proteger mejor los intereses del cedente, al minimizar o hacer desaparecer los peligros para el cedente, del periodo intermedio, reforzamiento ante posibles embargos de terceros por créditos posteriores al otorgamiento de la escritura pública o transmisiones del cesionario a terceros no protegidos. Ya que con ello se permite al cedente ejercitar tercería de dominio o acción reivindicatoria. Igualmente impide que el cesionario pueda hipotecar o gravar los pisos o locales que no le corresponden.

C) Obligación de responder del saneamiento

Volviendo a la naturaleza de la obligación del constructor o cesionario, debemos recordar que se trata de una doble obligación de hacer y de dar; por ello como resulta evidente, cuanto mas concreta esté desde el momento de la misma celebración del contrato, a través del mismo clausulado, menos problemas aparecerán en el desarrollo de su cumplimiento.

Al cesionario le será exigible, junto con las obligaciones contractuales, la obligación de saneamiento por evicción y vicios ocultos.

Al igual que ya se observó entre las obligaciones del cedente, la derivada del saneamiento por evicción, con motivo de la analogía con la permuta, parecería acorde el artículo 1540 C.c., que ofrece a quien perdió la cosa por evicción, la posibilidad de optar entre recuperar la que dio en cambio o reclamar la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo no es el más adecuado a decir de ZURITA MARTIN³²¹, por un lado por la existencia de la misma construcción, y por otro, porque además es posible que varios de estos pisos o locales construidos pertenezcan ya a terceros. De modo que parece más correcto la aplicación de los artículos 1475 y ss. del C.c, lo que lleva a optar por la indemnización.

Recordemos en cuanto a las consecuencias, la sentencia del TS de 5 de julio de 1989³²². “...sobre todo, se contemplan los problemas del cumplimiento defectuoso de la prestación en cuyo caso, es posible la resolución vía art. 1504 y el general 1124 C.c., siempre que el constructor no hay construido, planteándose la cuestión de si ha construido pero lo ha hecho mal (art. 1101 in fine del C.c. o la contravención o cuarta causa de incumplimiento contractual la denominada en el Derecho alemán “Schlechtsleistug o Leistungsstorung”), pues la restauración al origen de la situación será difícil, por lo que cabe o recurrir a las normas sobre accesión invertida, o el juego específico de la accesión invertida de nuestro art. 361 C.c. y claro es, al margen de las particulares garantías para ese evento que se hayan convenido, como v.g. abono de indemnización, deber de reparar lo mal hecho, pena pecuniaria por retraso en la entrega, etc....”

Por ende, tanto si lo calificamos de accesión invertida o no, el resultado será el mismo: la adquisición del solar. Pero con una diferencia sustancial, basada en el incumplimiento del cesionario, que permitirá que el cedente pueda optar, haciendo uso del artículo 1124 C.c por exigir el cumplimiento o por pedir la resolución del contrato. Se analizará en función de la causa de resolución del contrato una y otra opción más adelante.

³²¹ZURITA MARTÍN, ISABEL, *El contrato de aportación de solar*, op. cit. pg. 49

³²²STS de 5 de julio de 1989 [RJ 1989, 5400], analizada en profundidad por BLASCO GASCO, FRANCISCO, y señalada con anterioridad

D) Entrega en plazo

La obligación del cesionario de llevar a cabo la edificación y proceder a la entrega de los pisos o locales pactados, a favor del cedente, como el cumplimiento de cualquier obligación, no puede ser pactada por tiempo indefinido o quedar éste a la voluntad o arbitrio del cesionario, pues en tal caso corresponde a los Tribunales señalar el plazo.

La realización de la obra, parte de ciertos requisitos, que escapan de la exclusiva voluntad del cesionario. Debe obtenerse la licencia de obra, tener el proyecto, llevar a cabo la obra por sí o por medio de contrata, etc. Todo ello, lógicamente implica la necesidad de un tiempo, que puede ser mas o menos largo; pero que debe concretarse dentro de unos márgenes.

Así la STS de 12 de febrero de 1979³²³ ya señalaba que *“La situación de mora, generalmente de indemnización de daños y perjuicios, se produce no por consecuencia de la fecha de terminación de una obra que deba ser entregada, sino porque el acreedor exija judicial o extrajudicialmente al deudor el cumplimiento de su obligación, en tanto no se produzca alguna de las situaciones, no dadas en el presente caso, iniciadoras preceptivamente de mora, a que alude el citado artículo 1100”*.

Sin embargo la intimación del acreedor, en este caso cedente, no siempre se exige por la jurisprudencia, así la STS de 21 de febrero de 1986³²⁴. En ciertos casos, como mas tarde se tratará en profundidad con relación al posible incumplimiento del cesionario y sus efectos, puede incluirse un pacto entre las partes por el que se exima de intimación previa, para dar lugar al retraso, y en consecuencia, entender que existe obligación de indemnizar. Incluso puede concretarse la cuantía indemnizatoria en función del tiempo de retraso, ejemplo cantidades concretas por mes de retraso.

En cualquier caso la obligación de entrega del cesionario debe llevarse a cabo en el plazo estipulado, y si esta circunstancia no se cumple, como tendremos ocasión de

³²³STS de 12 de febrero de 1979 (RJ 1979, 811)

³²⁴ STS de 21 de febrero de 1986 (RJ 1986, 839).

analizar: puede que estemos ante un incumplimiento esencial del contrato, que permita la resolución, o ,que el mero retraso simplemente dé lugar a la obligación de indemnizar.

III.- Propiedad horizontal

Ya hemos analizado la íntima vinculación de la cesión de solar a cambio de obra con la Propiedad Horizontal, de ahí la necesidad de detenernos para reflexionar sobre las conexiones y efectos.

Con carácter previo a la situación de propiedad horizontal perfectamente constituida, como ya hemos señalado, podemos encontrarnos con una prehorizontalidad, que tiene lugar cuando el cedente conviene con el cesionario la cesión misma del solar acordando la entrega de éste al cedente de pisos o locales del edificio a construir, de modo que los nuevos elementos se repartirán entre ambos.

La prehorizontalidad es aquella situación jurídica previa a la plena y perfecta constitución de la propiedad horizontal, donde ya se manifiesta una voluntad negocial de alcanzar dicha propiedad horizontal. Como señala ARNAIZ EGUREN³²⁵, no se trata de una comunidad sobre el solar, sino una forma de asegurarse desde el inicio la verdadera comunidad que se constituirá por la adquisición actual de los pisos, por lo tanto, la comunidad sobre el edificio.

La STS de 27 de marzo 1989³²⁶ señalaba que *“Como enseña la doctrina mas autorizada, la constitución de propiedad horizontal no implica división de la finca edificada, en estado de edificación o meramente proyectada, sino sujeción y sometimiento de la propiedad de la misma al régimen específico de la propiedad horizontal. Por consiguiente, la expresión “divide ahora horizontalmente para cuando este terminada la construcción” no implica un aplazamiento del día en que haya de*

³²⁵ARNAIZ EGUREN, RAFAEL, op. cit. *Comentario al art. 13 del Reglamento Hipotecario en la Reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre.* Pg 106

³²⁶STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2199)

comenzar a regir el régimen de propiedad horizontal, sino una formula de estilo innecesariamente usada en algunas escrituras en las que no se divide un edificio ya construido sino simplemente comenzado o proyectado... ”

También la DGRN se ha referido directamente a la prehorizontalidad en la resolución de 21 de octubre de 1980³²⁷ “ *A través de una situación no prevista en nuestro derecho y que pudiera en parte denominarse prehorizontalidad, pero que responde a la realidad actual de la existencia de los complejos inmobiliarios, se trata de garantizar mediante la publicidad de los libros registrales una previsión de un futuro incierto en forma similar a otras situaciones en que la legislación hipotecaria reconoce su posible inscripción, en cuanto que lo que se pretende inscribir supone una modificación jurídico real del solar o solares, si bien condicionada, y que como tal expectativa sujeta a condición participa de la misma naturaleza del derecho a constituir*”

Además como señala también la DGRN³²⁸ “*En tanto la construcción no este concluida, o por lo menos comenzada, no podrá hacerse constar en el Registro que existe sobre cada vivienda, garaje o trastero –todavía solo en proyecto- una propiedad separad; es decir no podrá todavía inscribirse el régimen de propiedad horizontal como tal. Pero, desde que se produzca el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda, garaje o trastero, 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 de propiedad Horizontal, la Ley Hipotecaria y su Reglamento*”

El régimen aplicable tanto a la situación de prehorizontalidad como la propiedad horizontal propiamente dicha no variará en esencia.

Excede del propósito de este estudio analizar las cuestiones que en abstracto plantea la propiedad horizontal; pero si entendemos conveniente referirnos a ella, por una lado, como ya se indicó en relación a los efectos traslativos de la propiedad, y por otro lado en

³²⁷Resolución de 21 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3790)

³²⁸Resolución de 17 de julio de 1998 (RJ 1998, 5973)

relación a las cuestiones colaterales que vienen vinculadas a supuestos de cesión de suelo a cambio de obra.

Como señala NAVARRO CASTRO³²⁹ conforme el artículo 208 de la Ley Hipotecaria (308 del Reglamento Hipotecario) se admite la inscripción de edificios en construcción mediante su descripción en el título o escritura pública; si se pone en relación con el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria, que admite la inscripción de los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción este concluida o al menos comenzada; lo evidente es que se admite la inscripción de un edificio cuya construcción aun no está terminada.

Debe decirse que la posibilidad de inscribir un derecho sobre un piso cuya construcción no este terminada se ha criticado por su falta de entidad real, y su mera relación obligatoria; si bien lo cierto es que la inscripción esta permitida y como reconoce el citado autor, el derecho así quedara protegido frente a posteriores adquirentes. Por tanto la mera escritura de aportación de solar, en opinión del autor, no es suficiente para una vez terminados los pisos entender transmitida la propiedad sobre ellos, sino que será necesario un posterior acto de entrega. Pero si se inscribe el derecho sobre los pisos en el Registro de la Propiedad, el inscribiente estará protegido, pese a no ser aun propietario por no existir la cosa, frente a posteriores adquirentes.

En relación a la constitución u otorgamiento del título, la STS 27 de febrero de 1987³³⁰ señalaba ante la falta de concurrencia de los propietarios del edificio B, que deben concurrir al otorgamiento todos los titulares del dominio que se inscribe: “...*En el caso, la fijación de las cuotas de participación debe efectuarse en nueva escritura pública de constitución de la Propiedad Horizontal, una vez ha quedado firme la declaración de nulidad... (...) Es obvio que la escritura pública de obra nueva y la de constitución de Propiedad Horizontal, deben ser otorgadas por todos aquellos que, en el momento de*

³²⁹ NAVARRO CASTRO, MIGUEL, 18 de mayo de 1994. Cesión o aportación de solar con contraprestación de construcción. Tradición instrumental de pisos por construir. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº36 1994, pg. 1043-1050

³³⁰ STS de 27 de febrero de 1987 (RJ 1987, 1001)

realizarse esas operaciones sean titulares del dominio que se inscribe, sin que los asientos que se produzcan escapen a la regla general del artículo 33 según el cual “la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”

De modo análogo se pronuncia la STS de 30 de marzo de 1999³³¹ al decir *“tan solo el propietario único o los copropietarios pueden ser los sujetos de tales negocios jurídicos. Y no es sujeto la persona que ha comprado, pero no ha adquirido el derecho de propiedad sobre un piso o local, al haber obtenido título (contrato) pero no modo (tradición real o simbólica). Así lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia; la sentencia de 3 de febrero de 1975 (RJ 1975, 326) dijo: “de existir alguna persona con esta titularidad dominical, aun cuando su adquisición constase únicamente en documento privado, se precisa la presencia de ésta... (...) La escritura publica de obra nueva y la constitución de la propiedad horizontal, deben ser otorgados por todos aquellos que en momento de realizarse esas operaciones sean titulares del dominio”*

La DGRN ha tenido ocasión de referirse al régimen de propiedad horizontal, derivado de supuesto de cesión de solar, en la ya mencionada Resolución de 16 de mayo de 1996³³² indicando que: *“en este sentido debe tenerse en cuenta que el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recaente sobre el solar, comunidad que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. Artículo 392.II Código Civil) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quien ha de realizarla, a costa de quién, etc.), con la determinación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior, a medida que avanzan las obras y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial deberá valorarse como*

³³¹STS de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2421)

³³²Resolución de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3950)

la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligaciones entregar por quien tiene la obligación de construir sobre el solar. El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir, tiene pues el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde le mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si éste se otorga en escritura publica”.

Esta resolución fue en su día objeto de duras críticas³³³, especialmente por la incongruencia en cuanto a que si la cosa futura no puede ser entregada por no existir, es difícil que la escritura pública supla la entrega, y si además se aplica el art. 38 LH que además presume la existencia y posesión, se destruye el argumento de la DGRN, y así lo mantenía también GARCIA GARCIA.

Sin embargo CARRASCO PERERA³³⁴, pese a entender también lo confuso de la resolución citada, destaca que lo mas relevante es la aceptación plena de la eficacia traditoria que se le otorga a la escritura pública de permuta de solar, en relación a los pisos a construir, y en consecuencia el efecto adquisitivo que produce de inmediato a favor del cedente, de un derecho real.

En la misma línea se encuentra MIQUEL GONZALEZ³³⁵, en cuya opinión esta Resolución de 16 de mayo 1996, recoge el valor traditorio de la escritura pública aun cuando no provoque desplazamiento posesorio, pero para este autor, si no hay traslado posesorio no hay tradición, y en consecuencia no hay cesión en concepto de dueño. Entiende que con esta solución, la DGRN proporciona una base fuerte para que frente a terceros prevalezca el derecho del que fue cedente del solar, pero que no se adquiere un derecho real por recaer aun sobre un objeto inexistente. Salvo que se interprete este

³³³Señalaba CHICO Y ORTIZ, JOSE MARÍA, en *RCDI*, nº 638, enero febrero 1997

³³⁴CARRASCO PERERA, ANGEL, en *CCJC*, nº 43, 1997, pg 61

³³⁵MIQUEL GONZALEZ, JOSE MARÍA, “El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad” *Revista de Derecho Patrimonial*, nº1, 1998, pg 53

contrato de modo distinto, apreciando que se constituye *ab initio*, una comunidad o cotitularidad sobre el solar y sobre lo edificado, en la medida que se vaya produciendo.

Esta resolución inspiró la reforma del Reglamento Hipotecario, pero coincidimos con RUDA GONZALEZ³³⁶, en interpretación de esta resolución, que se parte de la premisa de que el cedente no transmite todo el solar al cesionario, sino que retiene una cuota indivisa del mismo, de ahí que no se reconociera ni en la Resolución ni con la reforma del artículo 13 RH una modalidad de transmisión de la propiedad de cosas futuras, sino una “*adquisición gradual de objetos en transformación que son los pisos o locales futuros*”

En opinión de RUDA GONZALEZ, la adquisición de la propiedad en caso de cesión de solar a cambio de obra, se produce por el mecanismo de la accesión, sin que en ningún momento el artículo 13 RH (antes de la sentencia de 31 de enero de 2001), introdujera un sistema de adquisición de la propiedad contrario al 609 del C.c.. lo que generaba el contrato, aun cuando no fuera el deseo de las partes, es la constitución de una comunidad sobre el solar.

Antes de la derogación parcial del artículo 13, doctrina y DGRN era conteste en atribuir a la situación de prehorizontalidad creada en dicho momento, un carácter de comunidad especial. Así para ARNAIZ AGUREN³³⁷ como ya indicamos, la comunidad que era referida en el artículo 13 no corresponde al concepto típico de comunidad que regula nuestro ordenamiento jurídico, ya que por un lado hay una titularidad interina sobre el solar, que es la de cesionario, y así mismo una titularidad de pendencia, la del cedente, que lleva a una cotitularidad condicionada a la construcción del edificio y constitución del régimen de propiedad horizontal.

³³⁶ Vid. RUDA GONZALEZ, ALBERT: “El contrato de cesión de suelo por obra tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001”, *Revista La Ley*, Diario 5400 de 19 de octubre de 2001, pg 1, y ss.

³³⁷ ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1998

ALONSO PÉREZ³³⁸ apunta que aunque lo lógico hubiera sido que la cesión de solar llevara a una situación de propiedad horizontal, ello no implica que la situación previa a la consolidación definitiva de la finca reúna los elementos propios para entenderla constituida. Ello fundamentalmente porque falta el elemento esencial, no hay todavía ninguna parte de finca en comunidad. Mientras no se consolida definitivamente la estructura jurídica de la finca ya construida, hay un derecho de propiedad sobre los futuros pisos, y otro derecho sobre el suelo. Es una disociación de la propiedad inmobiliaria.

Aunque no se admite la existencia en este punto de una comunidad por parte de la doctrina, lo cierto como señala PEREZ PEREZ³³⁹, es que el artículo 398. 4º del C.c. configura la cosa (es decir el edificio) como unidad económica de elementos que aun con titularidades distintas, están vinculados a un fin económico que es el que justifica la consideración conjunta y la aplicación de esta normativa. En cualquier intercambio de suelo por edificación, se crea entre el cedente y cesionario una comunidad de intereses y además cuando se conviene la constitución del régimen de propiedad horizontal para la atribución de los pisos entre el dueño del solar y el constructor del mismo, la situación de prehorizontalidad según este autor es un consorcio real.³⁴⁰

Para PLANA ARNALDOS³⁴¹, con quien compartimos opinión en este extremo, es una comunidad incidental, ya que aun cuando en su origen pueda aparecer la voluntad de las partes manifestada en el mismo contrato, lo cierto es que esta comunidad nace

³³⁸ALONSO PEREZ, M^a TERESA: “Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación” *RCDI* n° 665, mayo junio 2001, pg. 1039 y ss.

³³⁹PEREZ PEREZ, EMILIO: *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*, 2ª Edición, Bosch, Barcelona 2008

³⁴⁰Ya señalaba VENTURA-TRAVERSESET Y GONZALEZ, ANTONIO, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, op. cit pg 51, que *cumplida la obligación de edificar base de todos estos contratos, desemboca todo el proceso jurídico, si bien por diferentes sendas, en una propiedad horizontal, en la que quedan como propietarios de los diferentes pisos o locales, los antiguos contratantes, llámense superficiante y superficiario, o llámese cedente o cesionario.*

³⁴¹PLANA ARNALDOS, M^a CARMEN, *La cesión de solar a cambio de obra futura*, op. cit pg 198

independientemente de que las partes lo acuerden o no. Sería pues un efecto necesario de este contrato, y su inscripción sería implícita, no expresa. Si bien cabe también que expresamente se convenga entre las partes (distinción a la que aludía el antiguo artículo 13).

BATISTA MONTERO-RIOS³⁴²entendía que con la cesión de solar a cambio de obra se crea una comunidad activa al menos *tempore intermedio*, de manera que mientras esta pendiente de cumplimiento la obligación del constructor o cesionario, no hay régimen de propiedad horizontal aplicable, con la construcción del inmueble habrá un régimen comunitario sobre el solar, y por efecto de la accesión, sobre las obras que se van incorporando. Por tanto se trata de una fórmula a caballo entre comunidad y sociedad civil.

En todo caso, sea cual sea la tesis que se adopte en cuanto al momento en que se entiende adquirida la propiedad de los pisos o locales por el cedente, lo cierto es que mientras el cesionario siga siendo propietario de todo el edificio, no podrá quedar válidamente establecida la Propiedad Horizontal, ya que para su constitución definitiva, como anunciábamos, tiene como presupuesto que el inmueble sobre el que se establece pertenezca a diversos propietarios. Como señaló LUCAS FERNANDEZ³⁴³, bastará que existan dos propietarios de distintos pisos, pero en todo caso se exige que exista más de uno, por ello reiterado la conveniencia de entender constituida de facto una comunidad entre cedente y cesionario.

El mismo artículo 5 de la LPH indica que el promotor solo puede otorgar unilateralmente el título constitutivo si lo hace al iniciarse la venta de pisos.

Cabe, aunque no suele ser lo más frecuente que cedente y cesionario acuerden el otorgamiento de la escritura de división horizontal, incluso antes de que el constructor cesionario proceda a vender a terceros los pisos que no le correspondían al cedente, y ya

³⁴² BATISTA MONTERO-RIOS, JOSE, “Comunidad para edificar” *RDP*, 1969 pg 99 y ss.

³⁴³ Vid. LUCAS FERNANDEZ, FRANCISCO: La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de la aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir”, *RDN* 1967.

finalizada la construcción, acudiendo ambos en concepto de únicos propietarios de la totalidad de los pisos y locales del edificio, y practicando las conjuntamente las operaciones de declaración de obra nueva, así como adjudicación y entrega de los elementos independientes al cedente según lo pactado con anterioridad, formalizando así la escritura de división horizontal. Resulta convincente destacar aquí la STS de 30 de marzo de 1999³⁴⁴

E igualmente como hemos señalado cabría siempre previo acuerdo de las partes, otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal, al tiempo de formalizarse la propia permuta. No hay obstáculo para formalizar y para inscribir en el Registro de la Propiedad la escritura de división horizontal otorgada en dicho momento, siempre que como reiteradamente se ha advertido, la construcción este comenzada conforme el artículo 8.4 LH

IV.- Aspectos registrales.

Según expone RUDA GONZALEZ³⁴⁵ la regulación del art. 13 RH no considera a la cesión de suelo por obra como una venta ni tampoco distingue según el criterio del objeto de la cesión (todo o parte del solar), sino que —en su redacción inicial— adopta el del efecto real u obligacional del contrato. Así, el precepto aborda al contrato de permuta de suelo por obra futura desde una simplificación.

La Parte Expositiva de la norma de reforma afirmaba que la nueva regulación de esta permuta tiene carácter dispositivo. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que en principio el objetivo de la norma tendría que ser el de regular la constancia registral del contrato relativo al dominio (arg. art. 1 I LH). El carácter registral de la regulación podría hacer dudar de que realmente nos encontremos ante normas dispositivas. Las previsiones acerca de cómo se practica la inscripción (que contenía el art. 13 I RH) y qué expresa el

³⁴⁴STS de 30 de marzo de 1999 [RJ 1999, 2421]

³⁴⁵ Vid. RUDA GONZALEZ, ALBERT: *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002

asiento en caso de que lo anterior no sea aplicable (art. 13 IV RH) tienen en realidad un carácter imperativo o de *ius cogens*. Así, la norma que ordena que en el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se haga constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción (art. 13 IV in fine RH) constituiría un mandato al Registrador de la Propiedad.

En su redacción original, el art. 13 RH distinguía según si las partes habían querido o no transmitir los pisos futuros al mismo tiempo que el solar, a lo que seguían regímenes distintos de inscripción. Los tres primeros párrafos, anulados por la STS de 31 de enero de 2001³⁴⁶, se ocupaban de la primera modalidad de una forma algo confusa, lo que había provocado algunas controversias doctrinales. La anulación del art. 13 I RH ha puesto punto y final a las mismas.

Con todo, alguna afirmación de la sentencia citada parece problemática. Para RUDA GONZALEZ, el art. 13 I RH no preveía que se produjese una transmisión de pisos futuros —como también creía la doctrina—, sino sólo un contrato en que esta transmisión había sido querida por las partes. No se inscribía la adquisición inmediata de los pisos, sino sólo la existencia de una comunidad sobre el solar. El precepto venía a salvar al contrato de la nulidad (pues una transmisión actual de una cosa futura es imposible y un contrato con objeto imposible es nulo, art. 1272 CC) y permitía su inscripción. El art. 13 I RH venía a suponer —como si de una norma de conversión se tratase— que dentro de la voluntad de adquirir los pisos futuros iba ínsita la de que el cedente retuviese una cuota de solar. No es que el precepto modificase el sistema de transmisión del dominio: es que imponía a las partes una inscripción registral no deseada, presuponía que existía una voluntad negocial en la solicitud de inscripción y conservaba un contrato pese a que la causa de su nulidad estaba en la ley.

Compartimos con PLANA ARNALDOS³⁴⁷, que la decisión del TS de anular parcialmente este precepto, nulidad que *de facto* produce la falta completa de regulación,

³⁴⁶ STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083). Véase Capítulo III Primera Parte

³⁴⁷ PLANA ARNALDOS, MARIA CARMEN, op. cit *Transmisión del dominio en los contratos de cesión.....*, pg 212

(ya que el resto en su opinión es “prácticamente inútil”), se puede admitir en cuanto a la extralimitación de una norma de rango reglamentario. Pero mucho más discutibles son las aseveraciones relativas a la modificación del sistema de adquisición de derechos reales de nuestro Código Civil.

Si hacemos una interpretación estricta de la doctrina del TS en la sentencia de 31 de enero de 2001, podría llevar a admitir que cualquier regulación legal, de la adquisición del dominio en contratos sobre cosa futura, siempre que reconozcamos al adquirente un derecho real anterior a su existencia física, supondría una modificación de la teoría del título y el modo.

En conclusión, con la declaración de nulidad desaparece la única vía que existía para que estos contratos accedieran al Registro. De ahí dos efectos destacados, el primero la evidente necesidad de nueva regulación y el segundo, la importancia en la transmisión del dominio que tiene el Registro de la Propiedad cuando se trata de inmuebles futuros. Por esta vía se solucionaría el problema de los conflictos del cedente con terceros, ya que su derecho sería oponible, y sin la inscripción estamos a merced de las distintas teorías doctrinales, dependiendo de la decisión o solución del caso concreto del Tribunal al que se someta el conflicto.

Según el art. 13 IV RH, el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción, sino que sólo se expresa de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, sin detallar ésta. Esta norma sólo es aplicable, según declara, a las cesiones en que la contraprestación se configura como meramente obligacional. Con anterioridad, cierta doctrina y la DGRN habían defendido que se hiciese constar la obligación del cesionario en el Registro. Según la RDGRN de 5 de octubre de 1994³⁴⁸, puede hacerse una breve referencia a la contraprestación obligacional en la inscripción de la transmisión del solar (arg. art. 10 LH). Se dice que la prohibición del art. 9 RH no afecta a la cesión de suelo por obra, que es un contrato que no se conocía cuando se dictó aquel precepto, y que podría mencionarse la obligación del constructor en el asiento registral que se extienda con motivo de la transmisión dominical del solar. Estas

³⁴⁸ Resolución de 5 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7654)

afirmaciones parecen problemáticas. El art. 9 RH no se refiere a tipos contractuales concretos sino a obligaciones, por ello es plenamente aplicable a la cesión de suelo por obra. En cuanto a la breve referencia que postula la DGRN, el problema está en determinar sus efectos. Cierta opinión ha entendido además que supone introducir en el Registro aspectos obligacionales. Con respecto a la mención que cierta opinión defiende, acaso no cuadre demasiado bien con el art. 98 LH.

El art. 13 IV RH deja claro que la obligación del cesionario propiamente no se inscribe. La expresión de *la obra futura* puede entenderse como de la causa de la adquisición, no de una titularidad real inscribible. Aunque el precepto tampoco aclara cuales son los efectos de esta expresión, parece también claro que no pueden expresarse de forma genérica los elementos o metros a recibir en su día porque el precepto dice sin detallar si se está haciendo referencia a la obra.

Por la misma indefinición del precepto reglamentario, se hace difícil seguir sosteniendo —como se ha hecho— que la constancia registral de la obligación del constructor permita la tutela aquiliana del derecho de crédito del cedente cuando un tercero de mala fe adquiriera los pisos correspondientes a aquél, pues el Registro no expresa cuales son éstos. En definitiva, la inclusión de pactos obligacionales en el Registro ha parecido una opción criticable, dado que se considera que aunque se inscriban no afectan a terceros.

El último párrafo del art. 13 RH está dedicado a la inscripción de las garantías en la cesión de suelo por obra. Se trata de un inciso quizás innecesario porque la inscribibilidad de la i en garantía del pago del precio aplazado ya la prevé la Ley Hipotecaria (art. 11), como hemos analizado ya.

Si no media pacto expreso que lo disponga, la cancelación de la inscripción de las garantías del art. 13 V RH no puede practicarse en virtud del mero acto de entrega de los pisos o locales futuros (arg. art. 82 LH). Será necesario otorgar un título específico para cancelar total o parcialmente la hipoteca o condición resolutoria, si bien como se ha señalado desde la reforma de la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, que entró en vigor

el 1 de noviembre de 2015, bastará el mero lapso de tiempo, cuarenta años desde el último asiendo relativo a la titularidad de la propia garantía.

En nuestra opinión, es innegable, la garantía y mayor seguridad jurídica que otorga el acceso al Registro de la Propiedad del contrato de cesión de suelo a cambio de obra. De hecho en la medida que supone un cambio de titularidad dominical, este contrato de cambio de solar por edificación debe acceder al Registro.

Por otro lado, dejando a un lado el debate sobre el efectos traslativo de la escritura, de los que ya hemos hablado, y trataremos más adelante, recordemos que lo realmente relevante es determinar cuándo y cómo van a tener acceso al Registro, para quedar así protegido especialmente el cedente frente a terceros.

1.- Condición resolutoria.

Como ya indicamos lo que desde luego sí puede hacerse constar en el Registro es la condición resolutoria si se hubiere pactado. Recordemos que el pacto de ley comisorio, es aquella estipulación unida al contrato bien de compraventa bien de permuta de bienes inmuebles por el que la falta de pago de todo o parte del precio aplazado, dentro del tiempo convenido da derecho a la resolución del contrato, siempre que se le notifique a la otra parte. ROCA SASTRE³⁴⁹ recordaba que esta denominación de pacto de *lex commissoria*, es la propia del Derecho Romano, y que es más expresiva que la genérica de pacto o cláusula resolutoria. Este pacto, cuyo origen se encuentra en el Derecho Romano (el Digesto le dedicó todo un título), entraña la dificultad de determinar si implica una verdadera condición y si es suspensiva o resolutoria, ya que en el Derecho Romano no había propia distinción. Para ULPIANO, era una condición y si se encuadra dentro de las resolutorias, es además potestativa.

Este pacto implica una garantía para el que transmite, en caso de no recibir entrega del precio, o contraprestación pactada, en el tiempo debido.

³⁴⁹ROCA SATRE RAMON, ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS, op. cit *Derecho Hipotecario...* pg 422

Para la inscripción de pacto de ley comisorio o condición resolutoria explícita, es necesario que así se disponga expresamente (artículo 11, párrafo 1º, y 9,2 Ley Hipotecaria). Ahora bien, pese al amplio debate doctrinal, hoy la doctrina entiende superada la posición anterior, y destaca que bastará que los contratantes pacten que el impago del precio aplazado, o contraprestación, implicará la resolución de la compraventa o permuta.

Más tarde se tratará con mayor profundidad sobre los requisitos para proceder a resolver la venta o permuta bajo esta condición; ello no obstante anticipamos que será necesario que se haya producido la falta de pago de precio o entrega de la contraprestación en el plazo pactado; que el vendedor o transmitente notifique en forma notarial o judicial la determinación u opción resolutoria, sin que quepa el pacto eliminatorio de este requisito. Y la consignación de las cantidades recibidas.

Los efectos del pacto son la destrucción o extinción de los efectos de la venta o permuta anterior.

Señala ROCA SASTRE, que debe distinguirse entre la revocación obligacional y revocación real. En la primera cumplida la condición resolutoria establecida provoca no la aniquilación automática de la transmisión operada, sino solo la del contrato de finalidad traslativa, ya que lo que se deja sin causa es la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, pero el efecto de la transmisión subsiste aunque sin causa, de ahí que exista un enriquecimiento injusto en el adquirente que le lleve a asumir la obligación de retransmitir.

En la revocación real, la propiedad que se ha transmitido por una venta con pacto de *lex commissoria*, se pierde *ipso iure*, debido al efecto destructor de este pacto. Con su aplicación se deja sin efecto la transmisión operada, (por el contrato de finalidad traslativa que fue seguido de tradición,) volviendo automáticamente el dominio al patrimonio del vendedor, ya que la resolución opera como una carga o gravamen real que afecta a la propiedad de la cosa.

Sin embargo, en el Derecho Romano, la revocación real, no se avenía. En los últimos tiempos se reconoció a la *lex commissoria efficacia real*, cosa que ya fue plenamente admitida en el *Ius Commune*, del que pasó al derecho moderno en gran número de países, debido principalmente al apoyo del Registro de la Propiedad.

Esta fórmula, encaja con la recogida en el Código civil, art 1504, y 59 del Reglamento Hipotecario; pero debe reconocerse que las partes podrán escoger entre ambos tipos de resoluciones, expresándolo en la cláusula correspondiente del contrato.

Resulta destacable en este punto la STS de 30 de mayo de 2012³⁵⁰, Sala Primera, en relación a la condición o cláusula resolutoria y la interpretación de la voluntad de las partes. En ella se estimó la demanda y se declaraba el incumplimiento por parte de la promotora, y cualesquiera otras entidades subrogadas en sus obligaciones, de los contratos de permuta de solar por obra futura. También se acordaba el derecho de los demandantes a recuperar la propiedad de los solares, con todo lo edificado sobre ellos, en virtud de la condición resolutoria explícita incorporada a los mismos contratos.

Como se señala por TS, la única cuestión que seguía siendo litigiosa es si la referida condición resolutoria explícita se antepone o no a la hipoteca que ha sido convenida posteriormente entre una de esas tres codemandadas y la entidad bancaria hoy recurrente sobre las mismas fincas objeto en su día de permuta. Las escrituras de permuta contenían una cláusula, bastante común ciertamente, por la que se daba la autorización por los cedentes de los solares para que la condición resolutoria explícita a su favor se pospusiera a la garantía hipotecaria de un crédito al promotor para invertirlo en la construcción del edificio sobre los solares transmitidos.

Con este fallo inicial, la sentencia recurrida confirmó la de primera instancia interpretando, en concordancia con aquella, que la cláusula en cuestión era previsor de una posible autorización necesitada en cualquier caso de un nuevo y expreso consentimiento de los demandantes que no se había producido. La entidad bancaria

³⁵⁰STS de 30 de mayo de 2012 (Tirant on line TOL2.549.911)

demandada-recurrente, que consideró suficiente por sí sola aquella cláusula para tener la hipoteca por antepuesta a la condición resolutoria explícita, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, compuesto de un solo motivo, y recurso de casación, articulado en dos motivos, para impugnar aquella interpretación desde diferentes perspectivas.

La sentencia señala en relación al recurso extraordinario por infracción procesal, formulado al amparo del ordinal 2.º del art. 469 LEC y fundado en infracción del art. 218.2 de la misma ley "en consonancia" con su art. 386, *"que la oscuridad no puede favorecer a la parte que la provocó, que sería la promotora con la que contrataron los demandantes. Según el desarrollo argumental del motivo, esta imputación de oscuridad a la promotora codemandada sería una presunción contraria a las reglas del criterio humano, máxime cuando la propia sentencia recurrida declara en varias ocasiones que la condición resolutoria fue pactada libre y voluntariamente por las partes, de modo que no se comprende por qué la cláusula que autorizaba una posposición de dicha condición resolutoria a la hipoteca no se habría pactado de forma igualmente libre y voluntaria.*

El motivo planteado se desestima por las siguientes razones, que entendemos conveniente traer aquí:

1.) Para que el error se aprecie, solo puede denunciarse ante esta Sala excepcionalmente, como error patente o manifiesto, por la vía del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC y citando como infringido el art. 24 de la Constitución (SSTS 18- 6-09, 30-9-09, 30-10-09, 15-1-10 y 15-4-10 entre otras muchas).

2.) La afirmación de que una de las partes contratantes fue la que provocó la oscuridad de la cláusula por haber inspirado su redacción tiene una naturaleza interpretativa, mas que probatoria o de facto.

3.) Además, como bien señala, *la eliminación de esa consideración de la sentencia impugnada sobre quién ocasionó la oscuridad no determinaría sin más la desestimación de la demanda respecto de la entidad bancaria hoy recurrente, pues seguiría siendo*

necesario interpretar la cláusula cuestionada en relación con otras del propio contrato, así como averiguar la razón de por qué se utiliza en una ocasión el tiempo verbal de futuro "autorizarán" mientras que en otra se emplea el presente de indicativo "autorizan".

Es necesario advertir, como hace la Sala, que precede a la citada cláusula, una estipulación cuarta, titulada "CLÁUSULA RESOLUTORIA ", que obligaba a la entidad promotora (la codemandada Transportes Hermanos Santana Arucas S.L.), "o a la persona física o jurídica que se subrogue o sustituya en el futuro en sus derechos y obligaciones", a ejecutar, terminar y proceder a la entrega la parte comprometida de la obra, así como a escriturarla e inscribirla libre de cargas y gravámenes a favor de los cedentes. Además establecía que "el incumplimiento por la promotora de las obligaciones, plazos y términos que a continuación se dirán, así como del resto de las previstas en el presente contrato de permuta, tendrá la consideración de cláusula resolutoria expresa, que será objeto de inscripción registral, con efectos tanto entre las partes como frente a terceros".

Le seguía una cláusula penal por retraso en la entrega, la estipulación sexta, que rezaba literalmente así: *"Los propietarios permutantes o cedentes del solar, autorizarán la posposición de la condición resolutoria explícita que a su favor se establece, a fin de que se pueda anteponer registralmente la garantía hipotecaria de un crédito al promotor que la contraparte concertará para la construcción de la parte del edificio proyectado, denominado 'Residencial Puerto', pendiente de ejecutar, y cuya disponibilidad de las cantidades objeto de préstamo será efectiva contra las correspondientes certificaciones de obra con la autorización e intervención de los técnicos competentes. Los propietarios permutantes del solar quedan exentos de cualquier responsabilidad concerniente al referido crédito hipotecario. En cualquier caso no se verán afectadas por la hipoteca a que se hace referencia las fincas objeto de contraprestación por la permuta, el local comercial, el apartamento y cuatro plazas de garaje referidas en la estipulación segunda.*

Por lo expuesto, los permutantes autorizan a la entidad promotora, bajo la exclusiva responsabilidad de ésta última, a solicitar un préstamo hipotecario para la promoción y construcción de las fincas objeto de su edificación y causa de esta permuta."

En opinión de la Sala, no hay contradicción entre la condición resolutoria explícita de la estipulación cuarta y el contenido de la estipulación sexta, que pospone aquella condición a la hipoteca, ni tampoco la hay dentro de la propia estipulación sexta porque, *si bien al principio se emplea el tiempo verbal de futuro "autorizarán", más tarde los permutantes "autorizan" a la promotora a solicitar el préstamo hipotecario, de modo que, en definitiva, no había tal oscuridad, y una interpretación ajustada al párrafo primero del art. 1281 CC habría determinado la posposición de la condición resolutoria a la hipoteca convenida a favor de la hoy recurrente.*

Concluyendo en esencia la desestimación de los motivos indicados por las siguientes razones³⁵¹, fundadas en la interpretación de la voluntad de las partes

³⁵¹ 1.ª) Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala han destacado la posición de debilidad en que suelen encontrarse los permutantes de solares por obra futura al tener que transmitir el dominio para que el promotor pueda conseguir financiación con garantía hipotecaria, sugiriendo como posibles remedios a esa posición de debilidad el seguro de caución a primer requerimiento (así, STS 27-4-09 en rec. 963/04) y también, por parte de la doctrina científica, la condición resolutoria explícita, por más que su constancia registral pueda dificultar la obtención de financiación por el promotor.

2.ª) En el presente caso la condición resolutoria explícita fue la garantía que los cedentes de los solares consideraron más conveniente a sus intereses, y el promotor aceptó pactarla en términos especialmente rigurosos para él, de modo que en principio, como bien advierte la sentencia impugnada, la propia incorporación de esa garantía al contrato parece poco compatible con su posterior eliminación en el propio contrato mediante una autorización incondicionada para posponerla a una hipoteca en garantía de un préstamo para la construcción.

3.ª) De ahí que la contraposición de dos tiempos verbales diferentes en la estipulación sexta, "autorizarán" y luego "autorizan", permita albergar dudas más que razonables sobre esa autorización incondicional que propugna la parte recurrente. Tanto es así que, al margen de alguna imprecisión tan llamativa como referirse a un crédito que "la contraparte concederá", una interpretación estrictamente literal de la cláusula conduce a una conclusión opuesta a la del recurso, porque lo que se "autoriza" al final de la cláusula, en presente, no es la posposición de la condición resolutoria a la hipoteca, sino la mera solicitud del préstamo hipotecario por la entidad promotora "bajo la exclusiva responsabilidad de esta última", mientras que lo que se "autorizará", en futuro, sería la posposición, como por demás quedó de manifiesto en la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria al manifestarle el representante legal de Sixluma S.L al del banco hoy recurrente que la condición resolutoria sería pospuesta a la hipoteca tan pronto los cedentes de los solares fueran requeridos para ello.

4.ª) De lo anterior se sigue que la polémica sobre a qué parte contratante sería imputable la oscuridad resulta en verdad irrelevante, porque lo decisivo es que, conforme a lo pactado entre cedentes de los solares y promotor, los primeros tenían que consentir expresamente la posposición una vez conocidas las condiciones del préstamo hipotecario, no bastando para ello la autorización meramente prevista en las escrituras de permuta, y que, conforme a lo pactado entre Sixluma S.L y la entidad bancaria hoy recurrente, ambas eran conscientes de la necesidad de ese consentimiento, pues de otro modo no tendría sentido que hubieran de requerir a los llamados a prestarlo.

5.ª) Lo mismo sucede si, como se propone en el motivo segundo, se centra la atención más en los actos de las partes y en el elemento sistemático, pues a la insistencia de la propia cláusula sexta de las escrituras de permuta en excluir a los cedentes de los solares de cualquier responsabilidad por la eventual hipoteca se une el cúmulo de garantías que el banco hoy recurrente añadió a la hipoteca, es decir la fianza solidaria de una compañía mercantil distinta de la prestataria y la prenda sobre una imposición a plazo fijo por importe exactamente igual a la parte del préstamo inmediatamente disponible por la prestataria, lo que

manifestada en el contrato. Pues como resulta acreditado esta garantía que se obtenía por el cedente con la condición resolutoria, y que fue expresamente pactada y aceptada por el cesionario en términos especialmente rigurosos para él, no parece compatible con su posterior eliminación en el propio contrato mediante una autorización incondicionada para posponerla a una hipoteca en garantía de un préstamo para la construcción, pues quedaría así totalmente desnaturalizada y vacía de contenido.

En el ámbito catalán y también en relación a la condición resolutoria y sus requisitos, para determinar el alcance de ésta, tras la Ley de Cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura, es de destacar por su claridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de enero de 2014³⁵², cuyo Fundamento TERCERO señala: *“Por consiguiente, y configuradas de este modo las prestaciones asumidas por las partes contratantes, es clara la aplicación al caso enjuiciado de las disposiciones contenidas en la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de “Cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura”, que ha regulado en el ámbito del derecho privado de Cataluña, lo que hasta entonces había sido considerado un contrato atípico, reconocido y aceptado por la práctica jurisprudencial (STS de 22 de abril de 2010 y STSJC de 5 de febrero de 1990, entre otras), y en cuyo artículo 1 establece los requisitos que son necesarios.*

En concreto, la modalidad concertada en el caso de autos fue la prevista en el artículo 2- 1 a) del texto legal citado, que prevé la transmisión total de la finca de la cedente (en nuestro caso los actores), a cambio de la construcción futura en la misma. Como ya expuso esta sección en el rollo 175-11 de 27 de julio de 2012, en el Preámbulo de la ley reseñada se destaca el interés del legislador de establecer medidas de protección

indica que el propio banco conocía el riesgo que asumía al no constar incondicionalmente autorizada la posposición en las escrituras de permuta.

6.º) Si a todo lo antedicho se une que la autorización prevista, que no otorgada, era en relación con el promotor, esto es la compañía Transportes Hermanos Santana Arucas S.L., y no con quien compró a esta, es decir la compañía mercantil Sixluma S.L., y que fue esta, y no aquella, la que convino la hipoteca con la entidad hoy recurrente, necesariamente habrá de concluirse que la interpretación del tribunal sentenciador no tiene nada de ilógica, irrazonable o contraria a un precepto legal, únicos casos en que cabe revisarla en casación según jurisprudencia tan conocida y reiterada que huelga la cita de sentencias concretas.

³⁵² SAP Barcelona de 7 de enero de 2014 (Tiran on line TOL 4.106.869)

a la persona cedente, que refiere "han de ser especialmente intensas", precisamente por el hecho de que se ha visto desprovista de su propiedad sin que todavía haya recibido, a cambio, más que la obligación del cesionario de entregar, en determinada fecha y en las condiciones pactadas, la edificación convenida. Sin embargo, esta voluntad legislativa no consigue su objetivo si las partes no convienen alguna cláusula de garantía real, en especial la condición resolutoria para el caso de incumplimiento del cesionario, a que se refiere el apartado segundo del artículo 6 del texto citado, por lo que el deseo de conseguir una protección "especialmente intensa" del cedente queda reducido a una declaración de buena voluntad, pues si no hay pacto en tal sentido la protección legal queda muy disminuida.

Recordemos que el artículo 6 de la citada ley se refiere al posible incumplimiento del contrato³⁵³. En el supuesto de hecho contemplado en la sentencia, no se entra a debatir el posible incumplimiento de la cesionaria, ni la resolución a causa del mismo, pues ya fueron declarados en la instancia y no fue discutida en alzada. La esencia del recurso se encuentra en dilucidar si esta resolución puede afectar a los derechos reales constituidos a favor de la parte reseñada, pues de la misma depende que, la parte actora pueda recuperar la propiedad de la finca en la misma forma en que la cedió, esto es, libre de cargas y gravámenes.

Plantea la Sala la posible aplicación del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, al que ya hemos hecho referencia, y a tal efecto señala que *de conformidad con lo establecido en*

³⁵³ Artículo 6 LCF: "Incumplimiento del contrato.

1. En caso de incumplimiento de las condiciones, las características o el plazo inicial o final estipulados, la persona cedente puede exigir el cumplimiento del contrato, o la resolución del mismo, en ambos casos, con la indemnización de daños y perjuicios correspondiente.

2. Las partes contratantes pueden estipular que la no realización de la obra en las condiciones, las características y los plazos de ejecución estipulados tenga el carácter de condición resolutoria automática.

3. La acreditación del incumplimiento de las condiciones, las características y los plazos puede hacerse por acta notarial o, si procede, por certificación de la autoridad administrativa".

el artículo 11 de la Ley Hipotecaria , la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria, disposición que por ordenarlo el mismo precepto, se aplica igualmente a las permutas cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie.

Es cierto que el indicado precepto y, en concreto, su extensión a la permuta se refiere al complemento del intercambio de cosa por cosa que se estima ya producido pero necesitado de un complemento, en tanto que en el caso que nos ocupa, la permuta se configura de manera distinta, pues el intercambio que se pacta no es propiamente el de cosa por cosa, sino el de cosa por cosa futura, pues el cedente transmite la propiedad en tanto que el cesionario solo se obliga a transmitir la vivienda que tiene planeado construir.

Como se pone de manifiesto, el TS trata de analizar si esta particularidad puede cambiar el tratamiento legal reseñado, y lo que aquí nos ocupa especialmente, es decir si la posterior resolución del contrato de permuta por el incumplimiento del cesionario puede afectar a quienes hubieran inscrito derechos reales sobre la finca, pues conocían la naturaleza del contrato suscrito.

El mas alto Tribunal destaca que, ante todo, hay que partir de la protección que a los terceros de buena fe dispensa el artículo 34 de la LH , y si bien en el caso de autos la entidad entonces Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancada otorgó la escritura de préstamo hipotecario en fecha 9 de noviembre de 2005 y consta su inscripción consecutiva a la de la permuta efectuada, no hay razón para pensar que actuara de mala fe ni motivo para que tal otorgamiento no pudiera efectuarse, pues es claro que cuando la escritura de constitución de préstamo hipotecario tuvo su entrada en el registro, lo fue en la misma fecha que tuvo acceso al registro la escritura de permuta y el promotor tenía autorización expresa para hipotecar máxime cuando la facultad de resolver consignada en la inscripción precedente de la misma fecha era de carácter potestativo y no automático. Además la causa alegada por los actores como incumplidora del contrato es la contenida en el pacto octavo, apartado d) (no iniciar las obras en el

plazo de doce meses desde la obtención de la licencia).

Plantearnos una situación de mala fe de la entidad prestamista por el mero hecho de que las partes hubieran concertado prestaciones de distinta naturaleza (real para el cedente y meramente obligacional para el cesionario), y por la efectiva posibilidad de que el cesionario no cumpliera su obligación, excedería de lo razonable, porque lo mismo podría decirse en todos los casos en que se conviniera un precio aplazado no garantizado con una garantía real y ya hemos visto que para estos supuestos el artículo 11 LH solo establece que la resolución del contrato afectará a terceros cuando se hubiera dado el carácter de condición resolutoria al incumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado o de entrega de la cosa convenida y en nuestro caso creemos que la facultad resolutoria contenida en el pacto octavo no ha tenido su entrada en el registro como condición resolutoria explícita y con efectos automáticos y, por tanto, con trascendencia registral aunque el Registrador de la Propiedad la considere en su certificación (folio 44) como un carga pues no ha sido inscrita como tal.

La Sala consideró que esta facultad de resolver que se concedía al cedente tuvo acceso a Registro debido al principio de unidad negocial, pero que no ha prevalecido el principio hipotecario de calificación que hubiera llevado a denegación de lo que en la configuración de la facultad inscrita tiene alcance puramente personal, lo que obliga a discernir en qué casos estaremos ante estipulaciones que carecen de trascendencia real y por tanto no son inscribibles, como el presente.

El artículo 13 del RH no permite una solución distinta, pues además de que se refiere a la eficacia de la cesión de cosa futura y que la redacción que le había dado el Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, fue anulada en parte por la STS de 31 de enero de 2001, excluía su aplicación a los casos en que se hubiera configurado como meramente obligacional, supuesto acontecido en el caso que nos ocupa, estableciendo que no obstante si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, debían inscribirse conforme al artículo 11 de la LH a que acabamos de referirnos.

De ello concluye la Sala, que desde el punto de vista registral no cabe en este

supuesto que la resolución del contrato de permuta pueda afectar los derechos constituidos por los terceros indicados.

Por otro lado también debe concluirse de igual modo en virtud del artículo 9 de la Ley 23/2001 citada: *“El contrato de cesión de finca o de edificabilidad es oponible ante terceros desde que se haya hecho su inscripción en el Registro de la propiedad”*.

Efectivamente ya se había llegado a esta conclusión en una primera reflexión acerca del citado texto, lo que necesariamente nos lleva a considerar que, de ningún modo podría alterarse el sistema de protección registral a terceros de buena fe que resulta de la Ley y del Reglamento Hipotecario, por una obvia razón de competencia legislativa (artículo 149-1-18ª CE), por lo que se trata, como en cada caso en definitiva, de determinar el sentido de la expresada norma y en qué medida el conocimiento de la existencia del contrato de cesión a cambio de cosa futura pueda afectar a terceros.

Así la Sala recoge otros supuestos de posible oponibilidad a terceros como la STSJC de 5 de enero de 2012³⁵⁴ que alude al indicado precepto para indicar que *la Ley 237/2001 no establece ningún requisito de forma determinado salvo que el contrato pretenda oponerse a terceros, por lo que parece que está pensando en un efecto meramente publicitario de la inscripción registral con el fin de que el contrato sea conocido por todos y nadie pueda ampararse en una supuesta ignorancia de su contenido*.

Por su parte, la sección 15ª de esta misma Audiencia, entendió en resolución de 16 de noviembre de 2011 que *“Se trata de una medida de protección del interés del cedente en relación con los derechos que le corresponden por virtud del contrato de permuta (el derecho a exigir la construcción y entrega de las entidades pactadas) y que, en principio, por no tener carácter real, no tendrían acceso a la inscripción, a menos que se aseguren con una garantía real o con una condición resolutoria explícita. Se refuerza así, mediante la oponibilidad ante terceros, la posición del cedente en caso de transmisión de la finca a un tercero, pero la oponibilidad no es, por sí sola, una garantía real ni una condición resolutoria explícita, ni el precepto otorga tal valor o carácter a la oponibilidad del*

³⁵⁴ STSJC de 5 de enero de 2012, rec. 46/2010

contrato frente a terceros".

Consecuentemente el razonamiento derivado de la Sentencia no puede ser otro que el recalcar que, la pretendida oponibilidad a terceros del contrato inscrito se configura, principalmente, como la constatación de la protección del Registro a los derecho inscritos cuya existencia se presume en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38 LH), pero no añade efecto alguno esencial al contrato en cuestión, ni una protección específica, ni tampoco permite la entrada en el Registro de un contrato que no la tuviera, pues además de que ello no sería posible por las razones de competencia, los derechos reales gozan de la protección registral en los términos que establece la propia ley (art. 1 LH), por lo que nada se añade con este precepto, y los meramente obligacionales no cambian por ello su naturaleza.

Como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 30 de mayo de 2012³⁵⁵ : *"Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala han destacado la posición de debilidad en que suelen encontrarse los permutantes de solares por obra futura al tener que transmitir el dominio para que el promotor pueda conseguir financiación con garantía hipotecaria, sugiriendo como posibles remedios a esa posición de debilidad el seguro de caución a primer requerimiento (así, STS 27-4-09 en rec. 963/04) y también, por parte de la doctrina científica, la condición resolutoria explícita, por más que su constancia registral pueda dificultar la obtención de financiación por el promotor."*

Mientras en el Derecho alemán los derechos condicionales no son susceptibles de inscripción y solamente los efectos que puedan derivarse de la misma se aseguran mediante una anotación preventiva, en nuestro sistema inmobiliario registral las condiciones suspensivas o resolutorias establecidas en los actos inscribibles y que afecten directamente al dominio o derecho real limitado inmobiliario tienen franca entrada en el Registro, debiendo copiarse literalmente en la inscripción del acto principal como elemento integrante del mismo.

³⁵⁵ STS de 30 de mayo de 2012 (TOL2.298.250)

La posibilidad de esta inscripción está consagrada por varios preceptos, como el artículo 9.2 de la LH al decir: "Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: 2ª La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título. (...) Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo especialmente establecido para determinadas inscripciones." - y el artículo 51.6º del RH . La manera de hacer constar en el Registro de la Propiedad las condiciones suspensivas o resolutorias viene formulada por el artículo 51.6º del RH al establecer que «se copiarán en la inscripción literalmente las condiciones suspensivas o resolutorias establecidas en el título que se inscribe». Esto no viene a ser más que el desarrollo de lo que dispone el artículo 9.2º de la LH . Todo ello sirve para la determinación de la extensión del derecho que se inscribe. No obstante, hay que evitar el ingreso de estipulaciones contractuales al amparo de una interpretación amplia de la palabra condición. El artículo 51, regla 6.a establece, de una manera general, que «no se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real» .No se puede hablar de naturaleza real o personal de un pacto sin enmarcarlo en el total negocio jurídico al que las partes dotan de trascendencia real a través de la inscripción.”

Dadas estas limitaciones, entiende la Audiencia de Barcelona, que en el caso de estudio la permuta con condición resolutoria no ha sido convenida con trascendencia real sino que es meramente obligacional y no reúne las condiciones para considerarla explícita.

Por tanto como destacó RODRIGUEZ GARCIA³⁵⁶, existe una complementariedad entre los artículos 1124 y 1504 del C.c.. La misma jurisprudencia entiende que se produce una inserción del artículo 1504 dentro del contexto informado del 1124 C.c., de este modo ya que el artículo 1504 debe interpretarse en nuestro ordenamiento en consonancia con el 1124, sin que se excluyan entre si, deben complementarse. Y en opinión de este autor, el 1124 que se incardina en la parte general de las obligaciones, extiende su ámbito de modo peculiar y específico en el ámbito de la compraventa con el artículo 1504.

³⁵⁶RODRIGUEZ GARCÍA, Carlos Javier, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Dykinson, Madrid, 1997, pg- 349

Se tratará en el capítulo IV de la resolución y sus efectos derivada del incumplimiento, pero debe observarse como ambos artículos no se eluden entre sí, sino que se complementan, como pone de manifiesto la STS de 11 de febrero de 1999³⁵⁷, siendo específico el artículo 1504, y dando cumplimiento a los requisitos del mismo, el artículo 1124 es una norma complementaria³⁵⁸.

2.- Prioridad y rango

Vinculado indirectamente a los efectos de la condición resolutoria se disipa el problema de la preferencia, o la prioridad de los derechos. Tanto si se incumple la condición suspensiva como si se cumple la condición resolutoria, el cedente recupera su titularidad, pero entre tanto pueden haber sido constituidos derechos a favor de terceros, cuya preferencia debe determinarse.

Como señala LACRUZ BERDEJO³⁵⁹ la regla *prior tempore, potior iure*, que atiende al tiempo de la creación, para determinar la ordenación jerárquica, no se rompe con la existencia del Registro de la Propiedad; pero el primero en el orden registral, no será quien antes adquiere su derecho, sino quien antes inscribe su adquisición.

En el supuesto de concurrencia de derechos reales, se establece una jerarquía u orden, que constituye su rango; siendo cada derecho en principio, de eficacia superior a los que se van constituyendo después de él, e inferior a los constituidos con anterioridad. Sin embargo frente al que esta protegido por el Registro, el rango de derecho se determina por la fecha de inscripción.

³⁵⁷ STS de 11 de febrero de 1999 (RJ 1999, 593)

³⁵⁸ En este punto debemos mencionar la STS de 10 de febrero de 1936, que entra de lleno en la problemática de la evicción. En ella se dilucida si cabe la resolución de una permuta en la que se tramite un hotel, sobre el que mas tarde se establece un arrendamiento y posteriormente se enajena, y la cesión de unos terrenos, donde se pretende establecer una central eléctrica, de la que finalmente no se obtienen los permisos. Con independencia de que finalmente no se entienda atribuible este incumplimiento al cedente, lo cierto es que se declara que no puede nunca afectar dicha resolución al tercero que ha adquirido el hotel, y en todo caso solo cabria una posible indemnización en dinero.

³⁵⁹ LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, op. cit *Elementos...*, pg. 114 y ss.

El sistema español de rango, es un sistema de avance de puestos, a diferencia del Derecho Romano que era un sistema de rango fijo o parcela de valor. De modo que cada uno de los derechos reales grava una parte fija y concreta del valor de la finca, y cada uno conserva su propio valor y situación en relación a los demás, aunque otro se extinga, pudiendo incluso aprovechar este puesto para constituir otro derecho o gravamen.

El rango hipotecario se configura en nuestro Derecho como un concepto de carácter temporal, por cuanto como decíamos, no viene definido por el sitio, sino por la fecha. Pero en cuanto implica preferencia, admite su negociabilidad, con independencia del derecho a que hace referencia. La aceptación de dicha negociabilidad en base al conocido principio de autonomía de la voluntad permitirá la constitución de varias hipotecas con el mismo rango, con las consecuencias establecidas en el artículo 227 RH.

CHICO Y ORTIZ³⁶⁰ señala que se dará la posposición cuando el titular de un derecho real debidamente constituido e inscrito en el Registro estipula con otra la cesión de aquella preferencia que pueda ostentar. Así pues como la permuta supone la existencia de dos derechos reales limitativos, constituidos e inscritos, por la que se cambiarán sus posiciones; la reserva de puestos implica un pacto entre el titular de un derecho que todavía no ha accedido al registro, que estipula con el futuro titular de un derecho todavía no nacido, por el que la preferencia que el primero obtenga mediante la inscripción, sea reservada a favor del último, para el caso de que llegue a nacer con todos los requisitos legales.

Siguiendo con nuestro sistema de avance, lo que también puede hacerse es alterar la jerarquía de los derechos por voluntad de las partes.

Cabe así la posposición, que implicaría una abdicación de un titular de la prioridad de su derecho a favor de otro u otros que le siguen (artículo 241 Rh hace referencia a la posposición de una hipoteca). Esta opción que ya la habíamos mencionado, es fácil de ver cuando el derecho de garantía que se hubiera constituido a favor del cedente se

³⁶⁰CHICO Y ORTIZ, JOSE MARIA, *Estudios de Derecho Hipotecario*, T. I, Marcial Pons, Madrid 1994, pg 390

pospone a favor de la hipoteca que el cesionario constituye en garantía del préstamo concedido por una entidad financiera la construcción de la obra.

Cabe también la reserva de puesto, útil en aquellos supuestos en que el titular tiene interés en gravar su finca con un derecho que inicialmente debe tener un rango inferior a otro aun no existente y que ha de establecerse después. Ejemplo de posposición de una hipoteca a otra futura, que también puede ser útil en el caso de cesión de suelo por obra, pensando en la posibilidad de la futura hipoteca que puede constituir el cesionario con la entidad financiera, ahora bien es necesario que se determine la responsabilidad y duración máximas de la futura hipoteca, así como el señalamiento de plazo para la inscripción de la hipoteca que ha de anteponerse; plazo que deberá ser cumplido para surtir todos sus efectos.

Y por último puede darse también la permuta, alterando por acuerdo entre los titulares la jerarquía que tenían los derechos reales constituidos e inscritos.

El efecto de la prioridad no solo es la determinación del rango, sino como ya advertimos cerrar también el Registro a aquellos derechos incompatibles con los ya registrados; esto es el cierre registral que recoge el artículo 17 LH. No se produce el cierre por los títulos que establecen gravámenes, ni los que advierten una eventualidad, como muchas anotaciones.

De ahí que en muchas de las ocasiones aun cuando en la cesión de solar por obra futura, nos encontremos con garantías reales a favor del cedente o con pacto de condición resolutoria, pueden acceder derechos y transmisiones posteriores, puesto que no son incompatibles; simplemente se verán afectadas por la resolución que en su día pueda producirse.

Pero no puede olvidarse que para que dicha resolución les afecte debe deberse a causa que conste en el Registro, así debe haberse hecho constar la condición resolutoria, pues en otro caso el juego del artículo 34 y 36 de la LH, darán protección al tercero inscrito.

V.-Doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado en relación a la condición resolutoria y la preferencia registral.

1.- Inscripción de la resolución de la cesión de solar a cambio de obra futura bajo condición resolutoria.

Difícilmente podemos analizar los efectos de la preferencia registral y alteración del rango sin estudiar la doctrina de la DGRN. Enlazando con lo que establecía la Sentencia del TS de 30 mayo de 2012³⁶¹, ya mencionada, pasamos a analizar las resoluciones de la DGRN que se refieren a la inscripción de la condición resolutoria y sus efectos, así como a los problemas derivados de la prelación o preferencia registral.³⁶²

En primer lugar destacamos, la Resolución de 14 de septiembre de 2000³⁶³, que contempla precisamente la posposición de la condición resolutoria a la hipoteca que se constituirá en un contrato de cesión de solares a cambio de ella.

En particular, directamente vinculada a la condición resolutoria, también resulta de especial interés la Resolución de 19 de junio de 2007³⁶⁴, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Norberto R.S. contra la negativa del registrador de la propiedad de Trías a inscribir un acta de notificación de resolución de permuta.³⁶⁵

³⁶¹ STS de 30 de mayo de 2012 (TOL2.549.911)

³⁶²Vid. PASCUAL MAIQUES, RAMON: “Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, marzo 2008” *REVISTA JURIDICA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA*

³⁶³ Resolución de 14 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 10221)

³⁶⁴ Resolución de 19 de junio de 2007 (BOE de 20 de julio de 2007).

³⁶⁵ Recogemos brevemente los antecedentes para después extraer la doctrina del centro. A través de un acta otorgada ante la Notario de Arrecife de Lanzarote, con fecha 20 de abril de 2006, don Celestino, don Norberto y don Honorio R.S. notificaron a la mercantil «Promoción y Construcción José Antonio Rodríguez García, S. L.», la resolución de la escritura de permuta otorgada ante la misma Notario el día 16 de marzo de 2000, así como la reserva de rango. También se notificaba a titulares de cargas posteriores.

Como destaca la DGRN deberá ser una resolución judicial la que pueda anular la reinscripción a favor de los cedentes, pero, desde luego, la oposición no puede parar el

El registrador había negado la inscripción del acta por el que se notificaba la resolución de la escritura de permuta, de conformidad a los siguientes argumentos:

1. No solicitarse la práctica de operación registral alguna, dado que únicamente se ha presentado al Registro un acta de notificación dirigida a particulares. Se vulneraba así el principio de rogación consagrado en el artículo 6 de la Ley hipotecaria exige determinar las operaciones registrales solicitadas que en este caso parece que habría de referirse a una resolución contractual sino también a la constatación de una llamada «reserva de rango» que resulta completamente indeterminada;

2. No haberse acreditado el incumplimiento contractual, presentándose únicamente una mera acta de notificación con oposición. Practicar la inscripción en virtud de dicha mera notificación, supondría dejar la determinación del cumplimiento o incumplimiento al arbitrio de una sola parte lo que es contrario al artículo 1256 del Código civil. Ello conforme a la reiterada doctrina de la DGRN y el artículo 1504 del Código Civil;

3. No determinarse suficientemente la reserva de rango a favor de quien o quienes, por qué plazo, y para inscribir en su día que derechos. Ello dadas las exigencias que el principio de determinación registral exige también a la negociabilidad del rango (art. 241 R. H.);

4. Haberse opuesto a la resolución en la tramitación del acta las sociedades «Promoción y Construcción José Antonio Rodríguez García, S.L.», «Espacios Interiores de Lanzarote, S.L.» y a falta de consentimiento de las mismas se hace necesario para la cancelación, resolución judicial firme en los términos del artículo 82 de la ley hipotecaria»;

5. No haberse realizado a favor de todos y cada uno de los titulares actuales del dominio o derechos inscritos, la consignación que exige el artículo 175 del Reglamento Hipotecario.

Ante la calificación negativa, se interpuso recurso exponiendo de manera pormenorizada sus fundamentos que en esencia mantienen la necesidad de la inscripción de la resolución del contrato de permuta de 16 de marzo de 2000, suscrito entre los hermanos R.S. (Norberto, Celestino y Honorio) y la entidad Promoción y Construcción José Antonio Rodríguez García S.L., y la reinscripción de la finca a nombre de los cedentes, por cuanto en la misma estipulación octava se establece que para la reinscripción de la finca a la parte cedente bastará presentar copia de la escritura y acta notarial en que se notifique a la parte cesionaria la resolución del contrato y reserva de rango dichos, y esta notificación se practicó en los días inmediatamente posteriores al cesionario, así las entidades con derechos inscritos, como son Espacios Interiores Lanzarote S.L., Tesorería General de la Seguridad Social y Promociones y Construcciones Yaiza Mar, como así consta en el acta de la mencionada Notaria. Alegando además quien absoluto es dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento o incumplimiento, pues no se hace más que actuar conforme a lo pactado por ambas el 16 de marzo de 2000. Por otro lado habría de ser la jurisdicción competente la que determine si se ha producido o no la causa de resolución si alguno de los titulares de derechos inscritos, haciendo uso de su rango, impugnase la inscripción. Y corresponde al Sr. Registrador sólo determinar si el documento presentado es suficiente para tal inscripción y no entrar sobre el fondo del asunto.

Indicando en último término y por las razones expuestas, que deberá ser una resolución judicial la que pueda anular la reinscripción a favor de los cedentes, pero, desde luego, la oposición no ha de parar el mecanismo de reinscripción per se. Además, dichas entidades no han solicitado expresamente, ya sea directamente al Registro de la Propiedad o a través de la correspondiente demanda, que se suspenda la inscripción de la resolución y, por tanto, la reinscripción a favor de los cedentes.

mecanismo de reinscripción *per se*. Más aun cuando las entidades que se opusieron en el supuesto de hecho a la reinscripción no habían solicitado expresamente, ya sea directamente al Registro de la Propiedad o a través de la correspondiente demanda, que se suspendiera la inscripción de la resolución y, por tanto, la reinscripción a favor de los cedentes.

PASCUAL MAIQUES³⁶⁶, resume los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, son:

1º. Aportación del título del vendedor (art. 59 R. H.). Lógicamente se refiere al título de la transmisión en virtud del cual resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada;

2º. La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. En caso de formularse oposición por el adquirente, el transmitente deberá acreditar en el correspondiente proceso judicial la concurrencia de los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, de carácter grave que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta;

3º. El documento que acredite haber consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o a quien corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6 R.H.). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código Civil. Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y que, como ocurre en la ineficacia por rescisión, uno de los

³⁶⁶ PASCUAL MAIQUES, RAMON, “Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado. Marzo 2008” *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*

contratantes sólo estará legitimado para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba (Cfr. art. 175.6 R. H.).

Respecto a la posibilidad de deducir cantidad alguna de la cláusula penal que se haya estipulado para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, no cabe deducción alguna de la cantidad que deba ser consignada, basándose en la cláusula, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código Civil, sin que quepa pactar otra cosa en la escritura. Todo ello implica que en el importe que en tal caso se consignara por el transmitente podrá existir cantidades que fueron indebidamente consignadas porque la deducción posible no pudo de momento inicialmente ser determinada.

Destaca la Dirección General de los Registro y Notariado que los terceros han de estar a las vicisitudes del cumplimiento de la obligación de pagar la contraprestación que incumbe al adquirente según el contrato en que se estipuló la condición resolutoria, pudiendo si así les interesa pagar lo que falte (art. 1158 CC). Pero esto no quiere decir que los terceros hayan de soportar necesariamente cualquier acto de admisión del incumplimiento o de los demás presupuestos de la resolución.

En relación al último requisito, la obligación de consignación, señala ROCA SASTRE³⁶⁷, que fue la Resolución de la Dirección General de 3 de junio de 1961, la que introdujo la necesidad de consignación limitándola al objeto de cancelar aquellos derechos inscritos a favor de terceros, y reducida al importe de los bienes o reintegro del precio que se hubiere satisfecho, con excepción de las cantidades retenidas en concepto de cláusula penal.

Esta necesidad y su contenido, se ha ido ensanchando tanto en sentido objetivo como subjetivo. Esta evolución se pone de manifiesto en la Resolución de 14 de abril de 2014³⁶⁸ recogiendo la doctrina ya iniciada en la Resolución de 17 de noviembre de 1978

³⁶⁷ROCA SASTRE, RAMON, ROCA-SASTRE MUNUCNILL, LUIS, op. cit *Derecho Hipotecario...*, pg 446

³⁶⁸ Resolución de 14 de abril de 2014 (BOE 13 de mayo de 2014)

que exigía esta necesidad de consignación haya o no terceros; y en sentido objetivo, la Resolución de 29 de diciembre de 1982, que la amplía también a las cantidades reservadas en concepto de cláusula penal. Así como las resoluciones de 11 y 14 de octubre de 1991, que concretan que también debe comprender los intereses y no solo el precio abonado.

Realmente la extensión subjetiva, no encaja con el artículo 175, 6º del Reglamento Hipotecario, en cuya aplicación por analogía se pretende fundar.

En relación a la extensión objetiva, la ampliación a los intereses es lógica, pero la indeducibilidad de la cláusula penal, no es coherente con la admisión de una renuncia semejante como la posibilidad que se recoge en el artículo 1477 del Código civil, *“cuando el comprador hubiere renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea este, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiere hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias”*.

Desde este punto de vista, afirma MARTINEZ SANCHIZ,³⁶⁹ que puede encajarse en la interpretación que del artículo 175, 6ª hace la Dirección General, la configuración de la cláusula penal como indeducible, salvo que el comprador renuncie a este beneficio, con pleno conocimiento de los riesgos inherentes y sometiéndose a sus consecuencias. Ello requiere pues que se objetivice el conocimiento de causa por parte del comprador, lo que puede hacerse indicando la cifra máxima que estaría exenta de consignación, unida a la expresa advertencia hecha por el notario.

La resolución de 19 de junio de 2007³⁷⁰, viene a recoger la doctrina jurisprudencial y la de la misma DGRN en relación a la condición resolutoria, al detallar los requisitos necesarios para que la resolución de un contrato de permuta de solar por obra futura (aunque serían extrapolables al caso de una compraventa), pueda producir efectos, y que

³⁶⁹MARTINEZ SANCHIZ, JOSE ANGEL, “El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria” *Anuario de Derecho Civil*, octubre-noviembre 1989, pg 1193 y ss.

³⁷⁰ Resolución de 19 de junio de 2007 (BOE 20 de julio de 2007)

estos se hagan constar en el Registro de la Propiedad, todo ello en aplicación del artículo 1.504 del Código Civil.

Así pues podemos concluir que los requisitos para obtener la reinscripción a favor del transmitente de la finca, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, son los siguientes:

a) Como para cualquier transmisión, ha de aportarse el título del transmitente de la finca al Registro de la Propiedad.

b) Debe realizarse necesariamente la notificación judicial o notarial de quedar resuelta la transmisión, hecha al adquirente por el transmitente, pero es necesario que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución, invocando que falta algún presupuesto de la misma, pues en este caso solo cabe acudir al juicio correspondiente ante un Tribunal, sin que queda resolución automática.

En relación con este requisito, debemos poner de manifiesto, que lo realmente significativo, no sólo es la exigencia de notificación judicial o notarial de quedar resuelta la transmisión, sino que no resulte que el adquirente al que se ha requerido se oponga a la resolución, y este extremo es la pieza clave (objeto de recurso) en la reciente resolución de la DGRN de 10 de julio de 2013³⁷¹, que entendemos de esencial importancia, recogiendo la doctrina anterior, en su Fundamento Primero señalaba:

“La única cuestión que se plantea en el presente recurso, al ser el único defecto impugnado por el notario recurrente, es la de dilucidar si, constando inscrita la permuta de un solar a cambio de pisos en un edificio futuro y habiéndose pactado la condición resolutoria para el caso de que, transcurrido un plazo, no hubiesen sido entregadas las entidades registrales pactadas por la sociedad cesionaria a la cedente, puede reinscribirse el dominio a favor de ésta, aportando escritura de resolución unilateral del contrato, acompañada de acta notarial en la que se requiere al cesionario llevar a cabo la resolución del contrato de cesión, sin que dicho cesionario haya contestado al

³⁷¹Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 10 de julio de 2013

*expresado requerimiento al no haber sido hallado en el domicilio señalado a dicho efecto.*³⁷²

La misma DGRN señala en este punto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado (cfr. Sentencia de 31 de julio de 1995³⁷³) que el artículo 1504 del Código Civil, es también aplicable a la permuta de solar a cambio de pisos en edificio futuro siempre que se haya pactado condición resolutoria explícita, extremo que sin duda también ha reconocido esta Dirección General en relación a la permuta y a otros contratos inmobiliarios generadores de obligaciones sinalagmáticas.

La DGRN³⁷⁴ en relación a la condición resolutoria explícita, también conocida como pacto comisorio, señala que *introduce la facultad de resolver el contrato a favor del contratante que ha cumplido su prestación y que, sin embargo no ha recibido en plazo el precio, si se trata de una compraventa, o la contraprestación que le era debida, si de otro contrato se tratase. La resolución siempre presupone un incumplimiento grave, ya se trate de la resolución por incumplimiento, que como efecto especial de las obligaciones recíprocas contempla el artículo 1124 del Código Civil, como si de una condición se tratara, o de la facultad resolutoria que, como variante específica de la anterior, puede convenirse al amparo del artículo 1504 del mismo código, como garantía para el vendedor (o para el cedente) de cosa inmueble, para el caso de que el comprador- o*

³⁷² En este supuesto de hecho se pactó a favor del cedente del solar la facultad de resolver el contrato si la prestación a que tenía derecho no se cumplimentaba en el plazo convenido. Y tanto la transmisión, como la condición resolutoria pactada tuvieron acceso al Registro de la Propiedad.

Llegado el incumplimiento, el cedente procede a optar por la facultad de resolución que se reservó y le notifica al cesionario de la siguiente forma: primero por un acta de notificación autorizada por el notario recurrente en la que exhortaba a la notario competente para actuar en el domicilio en que había de practicarse el acto notificadorio, para que lo llevase a cabo. La fedataria se personó en el domicilio pero no encontró a nadie. No volvió a intentar de nuevo, personalmente o por correo, practicar la notificación; en segundo lugar al no haberse podido entregar la cédula de notificación, se autorizó un nuevo acta –que se denominó también de acta de notificación, número 240 de orden- bajo la que se practicó la diligencia de enviar por correo certificado al domicilio pactado, y al propio del representante de la compañía, una copia de dicho acta, que incluía la decisión resolutoria aludida. Dicho envío no fue recogido en ninguno de los domicilios a donde se dirigió, situados ambos en poblaciones no pertenecientes al ámbito de la competencia territorial del notario autorizante.

³⁷³ STS de 31 de julio de 1995 (RJ 1995, 5923)

³⁷⁴ Resolución de 10 de julio de 2013 (BOE 8 de agosto de 2013)

cesionario no pague el precio, o la contraprestación a su cargo. Mediante este pacto la parte que ha cumplido, mediante el transferimiento inmobiliario, goza de una relevante potestad de activar, por decisión propia, la ineficacia contractual en virtud del mecanismo de la resolución. De esta forma, el contratante que transmite el inmueble, antes de haber recibido el precio o contraprestación, contrarresta su riesgo contractual conservando en su poder una decisiva garantía, que es oponible a terceros, si media inscripción registral. Se trata de una vigorosa medida de autotutela. Por ello, como declaró la Resolución de 17 de noviembre de 1978, «el enérgico sistema de autotutela que supone la facultad resolutoria pactada a favor del vendedor, ha de ser examinada en su aplicación con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los derechos de todos los interesados, y evitar en lo posible que el vendedor pueda, sin intervención de los Tribunales, decidir unilateralmente una cuestión tan delicada». Consiguientemente, la eficacia del ejercicio de la facultad resolutoria se liga al riguroso cumplimiento de ciertos requisitos. Tal y como recuerda la Resolución de 19 de junio de 2007 (referida a un contrato como el actual, de cesión de solar a cambio de parte de la obra futura), tales requisitos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, fuera del proceso, son los siguientes: 1. Aportación del título del vendedor (cfr. artículo 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada, por ser el título de donde nace el derecho y por recoger la integridad de la realidad contractual afectada por la resolución; 2. La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma³⁷⁵. y, 3. El documento que acredite haberse consignado

³⁷⁵Como pone de manifiesto esta resolución la notificación al deudor de la resolución, y su falta de oposición, son el presupuesto básico para que pueda tener efecto la resolución por incumplimiento. El propio artículo 1504 del Código Civil, exige que se practique un requerimiento (notarial o judicial), mediante el que el vendedor notifica su voluntad, su decisión de que ha optado por la resolución. Esta facultad resolutoria, si bien es de ejercicio unilateral, requiere para que pueda ser eficaz -sin tener que recurrir a una decisión judicial que la declare- su adecuada notificación al otro contratante, y que éste no se oponga.

Con lo que como ya tiene declarado este Centro Directivo, a la vista de los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial, habría de concluirse que siempre que se cumplan los procedimientos establecidos en el primer precepto, ya se haga la entrega de la documentación objeto de notificación personalmente o a través del servicio de Correos, ya se constate la negativa a la recepción, o en su caso (si en el domicilio

en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario).

Es patente que si bien, la facultad resolutoria se ejercita de forma unilateral, sin embargo su eficacia (que en el orden registral alcanzará a la reinscripción de la titularidad dominical a favor del que activa la resolución) dependerá del aquietamiento de la otra parte ante tal decisión. La resolución presupone el incumplimiento grave del adquirente (pero no su prueba); por lo que si éste formula su oposición a aquella, será el cedente quien habrá de acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la

que corresponda no hay persona idónea para recibirla) se lleven a cabo los dos intentos infructuosos de entrega de la cédula de notificación (uno de ellos por el notario de forma personal), ha de tenerse por efectuada la notificación. Es decir, con carácter general bastará con asegurar la posibilidad razonable de que el notificado pueda informarse y conocer el contenido de lo que haya de comunicársele, sin que se exija o se imponga el resultado de que tenga un conocimiento efectivo.

Sin embargo, en este caso estudiado las actas autorizadas no acreditaban que ese doble intento de entrega (de la cédula o documento que incorpore la decisión resolutoria) se haya ajustado a las pautas reglamentarias, ya que tras un primer intento de notificación mediante la personación en una notaría que sí era competente para acudir al domicilio, que resultó infructuosa, posteriormente se trató de realizar la comunicación mediante la remisión por correo certificado, bajo conducto notarial, de otra acta que contenía la decisión resolutoria, al mismo domicilio y a otro más (el particular de la persona física destinataria de la comunicación). Pero sin embargo, esta segunda remisión (que tampoco fue recibida por el destinatario) no suple ni constituye una actuación notificatoria, el simple envío a través de notario de un documento, por correo certificado, (del que se deja constancia en el acta, tal y como ocurre en el supuesto que regula el artículo 201 del Reglamento) citado no constituye en sentido propio una notificación notarial si no se cumplen todos los requisitos apuntados que se consagran en aquél precepto reglamentario. Y ello por cuanto como señala la Dirección sus efectos son más limitados, al no conllevar las cautelas más tuitivas propias de un acta de notificación: entrega de cédula (reproducción completa del documento notarial), advertencia del derecho y plazo para contestar y su carácter (con ciertos límites) gratuito para el que contesta. Es inherente la necesidad de incluir un derecho de contestación a favor del notificado, se trata de una encamina a evitar su indefensión, que actúa en un doble sentido: permite al notificado del derecho de oposición al contenido de la notificación (derecho que se puede ejercer coetáneamente a la práctica de aquélla o en el despacho de notario con competencia en el territorio donde ha de tener lugar la diligencia notificatoria), y, al propio tiempo, garantiza el derecho de ambas partes a la constancia íntegra de todo lo ocurrido en el proceso de notificación. Por eso, no puede el notificante obtener un traslado parcial del acta que acredite su notificación, sin incluir en el mismo la contestación del notificado, si la hubiera. Y al tiempo, para hacer efectivo este derecho, se prohíbe la expedición de copias hasta que no termine el plazo de ejercicio de este derecho. De esta forma se hace viable que el requerido o notificado contrarreste, extrajudicialmente, los eventuales efectos de la notificación practicada, plasmando documentalmente su disconformidad, en la contestación misma.

Y en el caso de este recurso, dada la falta de recepción del la primera notificación, el envío que acredita el segundo acta notarial (número 240 de orden de protocolo) no es suficiente para que la notificación se tenga por practicada, por no haberse cumplimentado los requisitos propios del acta de notificación. El acta, pese a su nomen iuris, no es un acta de notificación, ni se tramitó con los requisitos que le son propios, pues debió llevarse a cabo por notario competente, y practicarse personalmente la notificatoria o mediante el servicio de correos.

resolución (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustren el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin que concurra causa razonable que la justifique (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993, 20 de febrero y 16 de marzo de 1995). Como contrapeso de aquel ejercicio unilateral, la norma exige que se practique un requerimiento (notarial o judicial), que no podemos olvidar, cumple una doble función: sirve para comunicar de forma fehaciente la decisión del vendedor de haber optado por la resolución, en el caso de que el comprador, o el deudor de la contraprestación, no haya cumplido lo que le incumbe, incluso tras haber expirado en plazo, antes de que le llegue la comunicación de tal decisión. Pero además también constituye un mecanismo de defensa; sirve para consignar -en el mismo documento, desactivando su eficacia resolutoria inmediata- la oposición del contratante a quien se imputa el incumplimiento.

Por tanto esta notificación constituye una pieza clave dentro del mecanismo resolutorio. Y cuando se practica mediante Notario, ha de ajustarse a las previsiones del Reglamento que regula la función notarial. En particular deberá estarse a lo establecen los artículos 202, 203 y 204 del Reglamento Notarial, que básicamente se centran en regular los modos de practicar la diligencia notificadora y en consagrar el derecho de contestar del requerido o notificado. Como dice el artículo 202 in fine del citado Reglamento, *la notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo. Sin embargo, no es imprescindible que, en todo caso, se haya de entregar materialmente la cédula al requerido (que en este supuesto es la contraparte del contrato que se resuelve).* Apoya esta consideración el artículo 203 del mismo cuerpo normativo cuando establece que si *«el interesado, su representante o persona con quien se haya entendido la diligencia se negare a recoger la cédula o prestase resistencia activa o pasiva a su recepción, se hará constar así, y se tendrá por realizada la notificación».* La propia norma reglamentaria reconoce que en muchas ocasiones la falta de entrega puede ser imputable al propio notificado, como ocurre (en caso de ausencia o negativa) cuando se pacta en el contrato un domicilio a efectos de notificaciones, que como todo pacto (artículo 1091 y 1257 del Código Civil) vincula a ambas partes. Todo ello sin olvidar que conforme al principio de buena fe contractual (artículo 7 y 1258 del Código Civil), el

cesionario, que en última instancia es quien debe ser requerido, ha de comunicar cualquier cambio del domicilio fijado a dicho fin, en aras a la plenitud de la eficacia del requerimiento resolutorio que eventualmente hubiera de practicarse. Pues en otro caso, se produciría un incumplimiento de lo previsto por el artículo 1256 del Código Civil cuando señala que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», puesto que bastaría que el vendedor-cesionario adoptara una actitud pasiva, o rebelde a la entrega, para que quedara enervada la posibilidad de acudir a la resolución prevista en el artículo 1504 del Código Civil.

Debe recordarse que el artículo 1504 del código Civil habla de «requerimiento judicial o notarial», por tanto se atribuye al vendedor-cedente la facultad de optar por cualquiera de estas dos vías, sin que el resultado fallido, en cuanto a la entrega, de una de ellas (en este caso la notarial) le obligue necesariamente a acudir a la otra para entender cumplido el requisito del requerimiento, pues no se exigen con carácter cumulativo.

Lo esencial es que se hayan cumplido las reglas que rigen los distintos tipos de notificación, que como toda norma procedimental –cualquiera que sea el cuerpo en que se integre- son de carácter imperativo y de interpretación estricta. Como antes se advirtió, las reglas que rigen la notificación notarial (al no haber norma específica que introduzca para este procedimiento resolutorio una regulación alternativa) son las establecidas en el Reglamento Notarial para las actas de notificación.

c) Se debe acreditar la consignación del importe percibido por el transmitente en un establecimiento bancario o Caja oficial, y que deba ser devuelto en su caso al adquirente, o bien lo que a éste le corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución, pues no cabe que se realice unilateralmente deducción del importe pactado por razón de la cláusula penal documentada en el contrato.

Los terceros adquirentes, si bien no se verán afectados directamente, registralmente son interesados porque quedan afectados por la resolución, y así para ellos, también la documentación ha de cumplir un mínimo de garantías, o en su defecto, deberá el

transmitente que resuelve el contrato, obtener la correspondiente resolución judicial en la que hayan sido citados los terceros, así como los titulares de otros asientos posteriores, por cuanto ha de acreditarse que han sido parte o han tenido conocimiento para su intervención en el procedimiento judicial entablado. La DGRN justifica esta postura señalando que se trata de evitar que a espaldas de los terceros, transmitente y adquirente concierten acuerdos sobre la resolución (anticipación de la resolución, disminución de las cantidades a consignar, etcétera) en menoscabo de la posición que corresponde a los terceros. Consecuentemente deberá declararse judicialmente la resolución de la transmisión. Además, para que la Sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores deberán ser citados en el procedimiento para alegar lo que a su derecho convenga en cuanto a ser cumplidos todos los presupuestos de la resolución, intervención prevista en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como intervención provocada o sobrevenida.

Terminaremos señalando que en relación a la cancelación de la condición resolutoria la Resolución de 2 de diciembre de 2015³⁷⁶, marcará la diferencia de ámbito

³⁷⁶ Resolución de 2 de diciembre de 2015, (BOE 28 de diciembre de 2015) señala en relación al último inciso del artículo 13 del Reglamento Hipotecario (en la parte que se mantiene vigente tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001), que *la inscripción de las garantías reales que se hubiesen pactado para garantizar la contraprestación a la cesión del solar, debe entenderse pues a los efectos de dotar de eficacia frente a terceros al derecho del cedente. Contribuye además a la misma conclusión el concepto de precio que recoge la legislación hipotecaria, y que como dice la registradora en su informe es distinto al de contraprestación, así el artículo 10 de la Ley Hipotecaria señala el precio como una circunstancia esencial para las inscripciones de contratos en que hayan mediado precio o entrega de metálico, debiendo hacerse constar el que resulte del título, y la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, el artículo 58 del Reglamento Hipotecario, al referirse al precio aplazado, regula el pago de cantidades por cuenta o saldo del precio aplazado o abono de las diferencias en las permutas o adjudicaciones en pago, pudiendo hacerse constar este hecho por medio de una nota marginal, el propio artículo 11 se refiere al aplazamiento de pago, «conforme al artículo anterior» haciendo alusión a la permuta solamente «cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie», por otra parte el citado artículo 13 del Reglamento Hipotecario, único de referencia específica a la permuta de solar por obra futura, habla de contraprestación.*

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el pago del precio en la compraventa, en el caso de este tipo de permuta concurren muy diversas circunstancias que pueden impedir tanto la apreciación indubitada del cumplimiento o incumplimiento de la obligación, por ejemplo en casos de cumplimiento parcial o en forma distinta a la pactada, o de mora debida al retraso en la concesión de las licencias, etc., como la restitución de las prestaciones, por ejemplo, en el caso de construcciones comenzadas y no terminadas, o como sucede en el caso de este expediente, el hecho de figurar inscritos a favor de otras personas las viviendas que originariamente debió recibir la cedente. Dichas circunstancias en la mayoría de los casos solo pueden apreciarse si hay pacto entre las partes o por vía judicial. Y de hecho es profusa la jurisprudencia en la materia.

Por lo tanto la interpretación teleológica de las disposiciones reseñadas unida al carácter ciertamente excepcional del sistema de cancelación previsto en el artículo 82.5.º de la Ley Hipotecaria, reiterado por

esta Dirección General en distintas Resoluciones, entre ellas la de 26 de abril de 2006, que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, permiten concluir que dicho artículo, no es aplicable a la cancelación de condición resolutoria pactada para garantizar el cumplimiento de la contraprestación en la permuta de finca por obra futura.

Sentado lo anterior, tras la Reforma de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por la Ley 13/2015 de 24 de junio y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo), en vigor desde el pasado día 1 de noviembre, en la nueva redacción del artículo 210, y en concreto, en su regla octava, párrafo segundo, se establece que *«las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía».*

Con esta nueva norma que convive con la ya citada del artículo 82.5.º, tendrán que separarse para delimitar su contenido, pues pese a tener una redacción ligeramente parecida, tiene un enfoque distinto, no es tan restrictiva como ella, e introduce algunas importantes novedades que no estaban contempladas en la del artículo 82. *En efecto, mientras que el artículo 82.5.º limita la legitimación para pedir la cancelación al «titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada», el nuevo artículo 210 la extiende a «cualquier interesado».*

Por otra parte, el artículo 82.5.º tiene su fundamento en la figura de la prescripción y hace referencia expresa al plazo legal de prescripción de las acciones según la legislación civil aplicable, con lo que puede ocurrir que tales plazos varíen de unas legislaciones civiles a otras, o incluso resulten modificados dentro de la misma legislación civil, como de hecho ha ocurrido con la reforma del artículo 1964.2 del Código Civil, relativo al plazo de prescripción de las acciones personales, modificado por la disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

En cambio, el artículo 210 de la Ley Hipotecaria no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral, con lo que más bien está regulando un auténtico régimen de caducidad de los asientos, al exigir que «hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía».

Además el artículo 82.5.º se aplica exclusivamente a hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado, no como ha quedado dicho a las condiciones resolutorias en garantía de cesión de suelo por edificación futura (cfr. Resolución 25 de marzo de 2014), mientras que el artículo 210.8 tiene un ámbito mayor al referirse a hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, dentro de cuyo ámbito puede incluirse la indicada condición resolutoria en garantía de cesión de suelo por edificación futura.

También existen diferencias entre el referido artículo 82.5.º de la Ley Hipotecaria y el 210.8 de la misma Ley, por cuanto el primero presupone que el plazo de cumplimiento conste en el Registro pues aquél precepto dice «...contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro...», mientras que el artículo 210.8 presupone que no conste, al decir «cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada...».

Así, sin pretender ser exhaustivos el artículo 82.5.º se aplicará a las hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado cuando el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiere estipulado al tiempo de su constitución, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca.

Por el contrario, el artículo 210.8 de la Ley Hipotecaria se aplicará a las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación

de aplicación en los artículos 82.5 y 210.8 de la Ley Hipotecaria, y reconoce que en aquellos supuestos en los que no cabe aplicar el artículo 82.5.º de la Ley Hipotecaria, conforme a la Resolución de 25 de marzo de 2014, ni tampoco cabe en la literalidad del artículo 210.8, ya que este precepto está previsto para aquellos supuestos en los que no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada podrá, no obstante, solicitarse la cancelación cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía, sin perjuicio, todo ello, de poder acudir a los procedimientos generales de los expedientes de liberación de cargas que regula el mismo artículo 210 de la Ley Hipotecaria en sus apartados anteriores.

2.- Preferencia registral y efectos respecto a terceros

Respecto de la solicitud de reserva de rango, y volviendo a la resolución de 19 de junio de 2007³⁷⁷, puesto que partimos indudablemente de la necesidad de un pronunciamiento judicial, no podrá darse automáticamente, sin entrar a prejuzgar la inscribibilidad de la cláusula. Así, en la escritura de permuta y condición resolutoria, la reserva de rango se conceptuó como consecuencia natural de la reinscripción a favor del cedente, pretendiéndose la inmediata cancelación de los asientos posteriores de terceros. Si se rechazada la reinscripción a favor del transmitente por ejecución extrajudicial de la condición resolutoria, siendo necesaria, como se ha dicho, sentencia judicial, debe

garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.

En un supuesto como el del presente expediente que no tiene encaje en el artículo 82.5.º de la Ley Hipotecaria, conforme a la Resolución de 25 de marzo de 2014, ni tampoco en la literalidad del artículo 210.8, por cuanto este precepto está previsto para aquellos supuestos en los que no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, mientras que en este caso el cumplimiento debió verificarse en el plazo de tres años desde la fecha de formalización del contrato, 27 de junio de 1990, podrá, no obstante solicitarse la cancelación cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía, sin perjuicio, todo ello, de poder acudir a los procedimientos generales de los expedientes de liberación de cargas que regula el mismo artículo 210 de la Ley Hipotecaria en sus apartados anteriores.

³⁷⁷ Resolución de 19 de junio de 2007 (BOE de 20 julio de 2007)

denegarse, consecuentemente, la pretendida reserva de rango.

Efectivamente otro de los efectos esenciales pretendidos con la condición resolutoria inscrita, como se ha señalado, es la reserva del rango del derecho a la reinscripción de la titularidad de la finca, derivado de la resolución contractual a favor del transmitente. Resolución, que como se ha señalado requiere salvo aquiescencia de la otra parte, de la correspondiente resolución judicial.

En relación con los efectos de la resolución del contrato y los posibles asientos posteriores, la resolución de 14 de septiembre de 2000³⁷⁸ señala que: *“Aunque existen inscripciones de división horizontal, hipotecas sobre pisos, anotaciones de suspensión de pagos, y de embargo, no hay obstáculo por razón de dichas inscripciones y asientos posteriores a la resolución del contrato del cesión de solar a cambio de pisos a construir; pues quedan subsistentes después de la resolución”*.

También en relación a los efectos sobre terceros señalamos las resoluciones de 19 de julio de 1994³⁷⁹, de 19 de noviembre de 1996³⁸⁰, de 15 de noviembre de 2005, y de 20 de diciembre de 1999³⁸¹, por cuanto coinciden que cuando los pisos están a nombre de diferentes compradores no pueden ser afectados por un acuerdo de resolución entre cedente y cesionario.

Sin embargo están en la misma línea de las ya precedentes como la de 6 de septiembre de 1988³⁸² y la de 5 de abril de 1990³⁸³, que se referían al supuesto en el que, pese a existir un acuerdo resolutorio entre las partes, al no haber transcurrido el plazo concedido para la construcción, el Registrador inscribió la resolución pero denegó la

³⁷⁸ Resolución de 14 de septiembre de 2000 (BOE de 6 de octubre 2000)

³⁷⁹ Resolución de 19 de julio de 1994 (RJ 1994, 6303)

³⁸⁰ Resolución de 19 de noviembre de 1996 (BOE 29 de noviembre de 1996)

³⁸¹ Resolución de 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9420)

³⁸² Resolución de 6 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6999)

³⁸³ Resolución de 5 de abril de 1990 (RJ 1990, 2944)

cancelación de la anotación. La Dirección indicó: *“Ciertamente cuando la titularidad embargada se halla sujeta a posible resolución que consta explícitamente en el Registro, el efectivo desenvolvimiento de ésta comportará la extinción del embargo y consiguiente cancelación de la anotación preventiva. Ahora bien, la eficacia relativa de los contratos (art. 1257 Código Civil), la inadmisibilidad de la disposición de los derechos ajenos en este caso el del acreedor que obtuvo el embargo o de la renuncia en perjuicio de terceros, la eficacia real del embargo y la fuerza protectora de los asientos del Registro (artículos 1, 38, y 40 de la Ley Hipotecaria) determinan que sólo la resolución del derecho embargado que se produzca en los términos regístralmente constatados gozará de éste efecto extintivo, mas no así la que tiene lugar anticipadamente, por mutuo disenso, en virtud de la renuncia voluntaria por le titular del dominio resoluble, cuando todavía no ha vencido el plazo concedido para la conclusión y entrega de la edificación prometida, pues tal renuncia sólo podrá operar regístralmente dejando a salvo el derecho de la persona a cuyo favor se practicó la anotación de embargo (artículo 71 de la Ley Hipotecaria), la cual debe quedar subsistente hasta tanto se agote su propia eficacia, o concurren las vicisitudes resolutorias a las que se hallaba supeditado el derecho embargado.*

Concluyendo en todas ellas, que la resolución no podrá afectar a tercer adquirente de buena fe.

Para llevar a cabo en el Registro la constancia regístral de la resolución conforme el artículo 59 del Reglamento Hipotecario se exige una nueva inscripción o reinscripción a favor del vendedor o cedente. En puridad dados los términos del artículo 59, si el cedente hubiere sido sucedido en su derecho potencial a la readquisición, la *nueva inscripción* a que se refiere dicho precepto debe expresar el tracto sucesivo abreviado o comprimido, las vicisitudes sufridas sobre este derecho expectante, e inscribir el bien a favor del que corresponda.

Si el cesionario hubiere enajenado la finca o el derecho que sobre ella tuviere, o le hubieren sucedido en ellos, por herencia o legado, constanding tales transmisiones inscritas, la nueva inscripción seguirá el último asiento practicado en la hoja correspondiente.

Si se hubieran constituido por el cesionario cargas o gravámenes sobre la finca o derecho cedido, durante el tiempo de pendencia de la condición resolutoria, cuando esta se cumple, procederá la cancelación de los asientos que las recojan, siempre que están inscritas o anotadas. Puede traerse a este punto el artículo 175, 6 párrafo 2º señala, “*si sobre los bienes sujetos a condiciones... resolutorias se hubiesen constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación*”.

El Centro Directivo hace un resumen de la cuestión que es clarificador, y conveniente tener siempre presente, por cuanto los otorgantes de la condición resolutoria pretenden con ella establecer una garantía con acceso al registro, que especialmente pretende, ante un posible incumplimiento del cesionario, poder volver a inscribir a su favor el solar, y mantener su preferencia frente a terceros. Esta reinscripción, como hemos comprobado, precisa del cumplimiento de los citados requisitos, los cuales hacen que su aplicación, privada de automatismo, haya desembocado en la realidad de que estos contratos busquen otras formas de aseguramiento, como son los avales bancarios de todo tipo, los pagarés y las letras de cambio afianzadas por Bancos, Cajas u otras entidades financieras, la pignoración de bienes, derechos, fondos financieros, depósitos o títulos valores, incluso la hipoteca a favor de los transmitentes, y otras variadas formas de garantías contractuales, cayendo en un cierto desuso el pacto de la condición resolutoria, por ser excesivamente costosa en tiempo y dinero, y demasiado complejo el procedimiento para su ejecución.

Por otro lado, debemos indicar que no procede la aplicación de lo previsto en el artículo 37 de la LH por cuanto: “*Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Ya que como continúa señalado en artículo: “Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior: 1º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.”*”

Efecto directo de la condición resolutoria es la necesidad de determinar la preferencia registral, si el contrato se declarara resuelto. Así, en orden a establecer la preferencia registral y recogiendo la doctrina del la DGRN, entendemos especialmente significativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de Noviembre de 2005³⁸⁴.

En particular el Fundamento Quinto tras indicar que los efectos y naturaleza de la denominada condición resolutoria explícita ha sido objeto de escasa atención por parte de la jurisprudencia, destaca sin embargo que, ha sido analizada repetidamente por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en un gran número de ocasiones ante la petición de cancelaciones presentadas directamente ante el Registro de la Propiedad, sin un previo proceso en que se solicitara la resolución del contrato de compraventa y la cancelación de las correspondientes inscripciones o anotaciones.

Así se menciona en particular la Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de febrero de 1998, en que precisamente se aborda la cuestión de si la sentencia declarativa de la resolución de la compraventa, dictada en pleito entablado exclusivamente contra el comprador, permite sin más la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último, llegándose a la conclusión negativa cuando los titulares de los asientos posteriores no han sido demandados y la demanda no se había anotado preventivamente en el Registro. Esta misma resolución declara *que con la inscripción de la denominada condición resolutoria explícita se pretende conferir eficacia real a la eventual acción resolutoria del contrato de compraventa por impago del precio, acción que de otro modo quedaría limitada a la esfera puramente personal de los contratantes, y evitar la aparición de terceros que por reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria harían inoperantes ese juego resolutorio*; y la resolución del mismo Centro de 28 de mayo de 1992 declara a su vez que es indudable que producida la resolución del contrato de compraventa al amparo del artículo 1504 del Código Civil , quedan extinguidos de pleno derecho no solo el derecho de comprador, sino también el de todos los adquirentes posteriores que de él traigan causa, lo que resulta de los artículos 9.2o, 23, 24, 34, 37, 82.2a, 107.10 de la Ley Hipotecaria y 59, 174.I, 175.6

³⁸⁴SAP Burgos de 22 de noviembre de 2005 (Tirant on line)

del Reglamento Hipotecario . En idéntico sentido, cabe citar la Resolución de la DGRN de 23 de septiembre de 1999.

Sin embargo, como en el caso de autos no se pactó en el contrato condición resolutoria explícita para el caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas para la cesionaria a los cedentes del solar perjudicados - aquí demandantes- sólo les quedaba la facultad de resolución implícita en todas las obligaciones recíprocas del artículo 1124 del C.c., acción de carácter puramente personal que como tal no puede perjudicar a tercero, es decir, *no puede alterar la situación de los titulares de derechos anteriores a la resolución contractual que inscribieron antes de decretarse judicialmente la resolución y confiados en los pronunciamientos del Registro (STS de 12 de junio de 1951 y 22 de abril de 1953)*.

Los efectos resolutorios se producen " ex tunc" por lo que una vez resuelto el derecho, quedan igualmente resueltos los derechos que sobre aquél se hubieran producido constituir, sin embargo, esta regla general tiene su excepción en el párrafo final del artículo 1124 del C.civil , al decir que "esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria". Esta protección que se dispensa a los adquirentes de buena fe y a los terceros amparados por la fe pública registral - artículo 34 de la L.H .- no impide que se produzca la resolución del contrato sino que limita el alcance resolutorio de la misma, dado que aquel precepto solo trata de proteger los derechos de terceros adquirentes; en tal caso la obligación de restitución se transforma en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al vendedor, de acuerdo con el último párrafo del artículo 1295 del C.civil (STS de 24 de julio de 1999)³⁸⁵.

³⁸⁵ De ahí que la sentencia termine señalando que *En consecuencia, conforme al artículo 1124 del C.civil en relación a los artículos 34, 79, 82 y concordantes de la Ley Hipotecaria y artículos 173 y siguientes del Reglamento Hipotecario , no procede alzar el embargo practicado a favor de los demandados y la cancelación de su anotación registral, ya que el contrato inscrito en el Registro de la propiedad de permuta de solar a cambio de obra realizada transmitió la propiedad del solar a favor de la entidad cesionaria Verde Ancho SA a cuyo favor se practicó la inscripción, contrato que sólo le obligaba a la contraprestación correspondiente (entrega de la nueva obra), por lo que al carecer de trascendencia real al no haberse establecido condición resolutoria expresa, no puede perjudicar a los terceros que han adquirido los derechos sobre la finca (los demandados que anotaron preventivamente el embargo trabado a su favor en el juicio ejecutivo no 370/2000), con anterioridad, a que se decreta judicialmente la resolución contractual implícita del artículo 1124 del C.civil ."*

Finalmente, la cancelación de la condición resolutoria tendrá especial incidencia sobre los terceros, de ahí que, amparándose en el artículo 174 del Reglamento hipotecario, señala ROCA SASTRE³⁸⁶, que para obviar los problemas de la cancelación de la condición resolutoria, es frecuente introducir en la escritura de transmisión la cancelación de la condición resolutoria mediante la fijación de un plazo que llevaría a la extinción de condición resolutoria por caducidad, permitiendo que se practique la cancelación, mediante la presentación de la instancia de liquidación del impuesto AJD.

No obstante cuando se trate de condición resolutoria en garantía del precio aplazado, desde la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, el artículo 82.5º de la LH señala que *“...a solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, podrá procederse a la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado a que se refiere el art. 11 de esta Ley y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, para las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el mas breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca.”*

Por otro lado recordemos que tras la reforma de la LH llevada a cabo por la Ley 13/2015 de 24 de junio, en aquellos supuestos en los que no cabe aplicar el artículo 82.5.º de la Ley Hipotecaria, ni tampoco cabe en la literalidad del artículo 210.8, ya que este precepto está previsto para aquellos supuestos en los que no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada podrá, no obstante, solicitarse la cancelación cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto,

³⁸⁶ROCA SASTRE, RAMON, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, op. cit *Derecho Hipotecario...* pg 465

cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía, sin perjuicio, todo ello, de poder acudir a los procedimientos generales de los expedientes de liberación de cargas que regula el mismo artículo 210 de la Ley Hipotecaria en sus apartados anteriores.

En conclusión como se ha señalado a lo largo del trabajo, nuevamente se plasma lo difícil que resulta en este contrato conjugar la protección del cedente del solar, y la agilidad de los derechos del obligado a entregar la obra futura, sin que ni los unos ni los otros vean mermada su efectividad.

En consecuencia, como decíamos, para ser opuesta al acreedor hipotecario ajeno al contrato de permuta celebrado entre las partes, se exige una configuración registral como tal carga real. En definitiva, no está expresamente pactada la condición resolutoria automática, por lo que nos encontramos ante una acción para ejercitar la facultad de resolver las obligaciones recíprocas, prevista en el artículo 1.124 del Código Civil en relación al art. 6 de la Ley 23/2001, y que expresamente se previó en la escritura de permuta y por ello tuvo acceso al Registro de la Propiedad y ello no supone desconocer que la doctrina y la jurisprudencia aluden a la innecesidad de utilizar expresamente el término condición para tenerla como puesta, otra cosa es su trascendencia real que no se deriva del pacto contenido en el Registro de carácter meramente obligacional y potestativo que no puede ser opuesto a tercero, unido a la autorización sin limitación alguna para hipotecar que se contiene en el mismo título inscrito, lo que confirma la ausencia de trascendencia real de la cláusula que se pretende aplicar como resolutoria de carácter automático.

CAPÍTULO II. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA

I.- Transmisión de la propiedad del solar a favor del cesionario.

Ya se ha hecho referencia con anterioridad a la disparidad de momentos en los que se entiende producida la transferencia dominical tanto del solar a favor del cesionario, como de los pisos o locales a favor del cedente, sin embargo, dada la trascendencia que deriva de la determinación del momento en que la transmisión de propiedad se produce, vamos a continuación a profundizar en dicho aspecto.

La principal obligación que recae sobre el cedente es la transmisión de solar a favor del cesionario. Si el negocio se formaliza en contrato privado, cuando el cesionario entre en posesión de la finca o solar, de conformidad con los artículos 609 y 1462.1 del Código Civil, cuando tenga lugar la tradición real o material, habrá adquirido la propiedad. Si el contrato se celebra en escritura pública, salvo que de ella se derive lo contrario, la misma implicará tradición instrumental conforme el 1462.2. C.c.

Resulta claro el interés que el cesionario tiene en adquirir desde el inicio el dominio del solar, que le permitirá a su vez financiar la construcción con créditos hipotecarios, pero para el cedente esta transmisión de propiedad del solar implica que se desprenderá de un bien de gran valor, sin recibir por el momento la contraprestación. Ahora bien como contrapartida también se desentiende del proceso constructivo y de las cargas inherentes al mismo (fiscales, urbanísticas, constructivas...)

El TS en la Sentencia de 16 de noviembre de 1994³⁸⁷, se plantea entre otras cuestiones si es imprescindible que la transmisión del solar a favor del cesionario se produzca necesariamente desde el inicio. *“En esta clase de permutas, efectivamente es obligación de uno de los permutantes la entrega material de la posesión para que el otro pueda construir lo proyectado y cumplir su obligación, pero no la transmisión de la*

³⁸⁷STS de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8837)

propiedad solar si así no se acuerda. Esta permuta origina obligaciones de cumplimiento simultaneo, como todas las recíprocas, salvo que se convenga que una parte adelante su prestación.”

En consecuencia, salvo que se pacte otra cosa, en el contrato de permuta la adquisición de la propiedad del solar no se producirá de modo automático. Sin embargo debe recordarse que lo habitual sí es el pacto por el que las partes acuerden que dicha transmisión se lleve a efecto desde el inicio.

No obstante, como la permuta no agota las diferentes formulas que para el negocio de cesión de solar a cambio de obra pueden darse, lo cierto es que el esquema cambiará en ciertos supuestos. Así puede observarse que si se cede una cuota indivisa a cambio de pisos o locales a construir en el solar. La titularidad de la cuota se transferirá cuando lo pacten las partes, normalmente por tradición instrumental. Si lo que se cede es el derecho de vuelo, o el derecho de superficie, también habrá que estar a lo dispuesto entre las partes, pero lo más habitual es que dichos derechos se constituyen desde dicho momento a favor del cesionario que en este caso no adquiere la propiedad. Por último también cabe la posibilidad de encargar la construcción de un edificio entregando a cambio al constructor pisos o locales de dicho edificio a construir; esta configuración se sale del esquema de cesión, pues realmente es un contrato de obra en el que el precio consiste en la entrega de pisos o locales, por ende no hay verdadera permuta y no hay entrega de propiedad del solar en ningún momento.

Existen varias formulas en las que el cedente no se desprenderá inicialmente de la propiedad del terreno, o al menos no de toda la propiedad.

Señala LOPEZ FRIAS³⁸⁸, que este retraso en la entrega de la propiedad podría conseguirse mediante la fórmula negocial en la que el cedente transmite una cuota abstracta sobre la finca al constructor quien se obliga a levantar en el inmueble un edificio parte del cual corresponde al cedente. En nuestra opinión, como ya hemos puesto de

³⁸⁸LOPEZ FRIAS, ANA op. cit *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, pg. 88 y ss.

manifiesto, son muchas las ventajas de acudir a esta forma de contratar.³⁸⁹ Desde un punto de vista económico es la fórmula más lógica ya que evitaría la doble transmisión de la parte de la finca que finalmente pertenecerá al cedente, sin enumerar la mejor protección de los intereses del cedente.

Con esta modalidad, por la que nos decantamos, se crea desde el inicio, por vía convencional una comunidad ordinaria. Siendo pues el suelo un elemento en comunidad y llevando a cabo la construcción el cesionario posteriormente, la accesión interviene a favor de la comunidad, y todo lo construido pertenecerá en pro indiviso a los comuneros en proporción a sus cuotas.³⁹⁰ También cabría, y consideramos muy conveniente, que cedente y cesionario puedan acordar y determinar desde el principio las dependencias, pisos o locales, que pertenecerán posteriormente a cada uno, de tal manera que vaya adquiriendo cada uno la propiedad exclusiva de las mismas a medida que se van construyendo. De este modo como se pone de manifiesto cabrían dos formas de adquisición de la propiedad en la cesión de cuota por obra. Por un lado, mediante la división del edificio común y posterior adjudicación a cada condueño de los pisos o locales que le correspondan según su participación. Por otro lado la adquisición directa de cada uno de ellos del dominio exclusivo de la parte que le corresponde sobre lo construido. Pero en ambos casos, nos encontramos con que no hay transmisión de la propiedad de los pisos o locales del cesionario al cedente, ambos adquieren a título originario los inmuebles que le corresponden según su participación.

Esta postura, que entendemos bastante pragmática, es la defendida también por PLANA ARNALDOS³⁹¹, al decir que la transmisión de la propiedad del solar al cesionario no puede predicarse como obligación natural o esencial de esta cesión de solar

³⁸⁹Vid. AVILA NAVARRO, PEDRO, “Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria” *RCDI* 1994, nº 625 pg. 2581 y ss. Así como DE LA CAMARA ALVAREZ, MANUEL, Con la colaboración de GARRIDO CERDA, Y SOTO BISQUERT: “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana” Ponencia española al X Congreso Internacional del Notariado latino de Montevideo, 1969, *Publicación de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España*, t II, pg.874 y ss. Y *Estudios de derecho Civil*, Montecorvo, Madrid 1985

³⁹⁰Vid. GARRIDO PALMA, VICTOR MANUEL, “¿Superficies solo cedit?” *RDN* 1969, enero marzo, pg 110

³⁹¹PLANA ARNALDOS, M^a CARMEN, op. cit *Cesión de solar a cambio de obra futura*, pg 110

a cambio de obra, en todo tipo de contrato, sino que debe ser querido por las partes. De igual modo se posiciona ESPEJO LERDO DE TEJADA³⁹², quien parte de la afirmación de que no puede darse por supuesto el efecto transmisivo de la propiedad exclusiva del solar ya que esto no es *per se* objeto de la previsión de las partes.

El primer y principal problema de admitir forzosamente esta traslación de dominio automática sobre el solar, es la imposibilidad, dado el caso, del ejercicio de una tercería de dominio por parte del cedente, en caso por ejemplo de un embargo por parte de los acreedores del cesionario constructor.

La posición de la jurisprudencia ha sido oscilante, tenemos sentencias como la de 15 de junio de 1992³⁹³ en la que se determina el efecto meramente obligacional al señalar que *“todo proceso de tercería de dominio, como el que aquí nos ocupa, requiere*

³⁹²Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL, *La permuta de suelo por edificación futura, Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil*. Secretariado de publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla 2011, pg. 37

³⁹³STS de 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 5134). En la misma se declaran probados los siguientes hechos que son el supuesto fáctico del caso: 1º Mediante escritura pública de compraventa de fecha 6 de Julio de 1979, el Ayuntamiento de Huelva vendió a "Centro de Especialidades Quirúrgicas, S.A. (CEQUISA), que compró, un solar en la barriada de la Orden (Avenida Diego Morón, sin número), de Huelva, con destino a Clínica (Centro Hospitalario) y a Casa de Socorro, por precio de catorce millones trescientas veintisiete mil doscientas veintinueve pesetas. El expresado solar o parcela fue inscrito, a favor de la entidad adquirente del mismo, en el Registro de la Propiedad de Huelva, con fecha 19 de Septiembre de 1979 (inscripción 1ª). 2º En la mencionada escritura pública de compraventa, ambas partes contratantes estipularon también una promesa bilateral de compraventa, mutuamente aceptada, por la que CEQUISA se obligó a vender y el Ayuntamiento a comprar la Casa de Socorro que aquella iba a hacer en parte del edificio a construir sobre el solar adquirido, siendo el precio de esta segunda transmisión, que se promete llevar a cabo una vez se realice la obra, el de catorce millones trescientas veinticinco mil doscientas veintinueve pesetas, que retiene la sociedad adquirente del solar, declarando el Ayuntamiento vendedor haber percibido las dos mil pesetas de diferencia y quedando garantizado el pago del precio del solar mediante cinco avales. 3º Con fecha 9 de Mayo de 1980, CEQUISA otorgó escritura pública de declaración de obra nueva en construcción sobre el expresado solar, cuya escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Huelva con fecha 23 de Octubre de 1980 (inscripción segunda). 4º Con fecha 24 de Junio de 1981, CEQUISA otorgó escritura pública de constitución del edificio construido en régimen de propiedad horizontal, dividiéndolo en las dos siguientes fincas: a) CENTRO HOSPITALARIO, que consta de dos sótanos, planta baja, cuatro plantas altas y una más de ático, y b) CASA DE SALUD O SOCORRO, situada en la planta primera del edificio con una extensión superficial de setecientos noventa y ocho metros y ochenta y un decímetros cuadrados. 5º Las dos mencionadas fincas, resultantes de la expresada división del edificio en régimen de propiedad horizontal, fueron inscritas en el Registro de la Propiedad de Huelva, en 15 de Febrero de 1982, a nombre de CEQUISA, siendo la que hemos señalado bajo la letra a) -CENTRO HOSPITALARIO- la finca registral nº 47.247 (inscripción primera) y la de la letra b) -CASA DE SALUD O SOCORRO- la finca registral nº 47.249 (inscripción primera). 6º No aparece probado que CEQUISA haya hecho entrega al Ayuntamiento de Huelva de la referida CASA DE SALUD O SOCORRO (finca registral nº 47.249)

inexcusablemente, para su prosperabilidad, que el demandante tercerista pruebe ser propietario del bien que pretende liberar del embargo trabado sobre el mismo, prueba que aquí no se ha producido, como afirman las contestes sentencias de la instancia, pues el referido contrato celebrado entre el Ayuntamiento de Huelva y la entidad mercantil "CEQUISA", aunque se le atribuya la ya dicha calificación que pretende el recurrente (transmisión de solar a cambio de obra futura -res sperata-), no produce más que efectos meramente obligacionales entre las partes, requiriéndose para que el mismo despliegue efectos traslativos del dominio de la obra (o parte de ella) a realizar que, una vez terminada ésta, medie el inexcusable requisito de la entrega o "traditio", conforme exige el artículo 609 del Código Civil que, junto con el 1095 del mismo Cuerpo legal, consagra en nuestro ordenamiento jurídico la llamada teoría del título y el modo, requisito éste de la entrega o "traditio" que, como declaran probado las sentencias de la instancia, no ha existido en el presente caso, por lo que resulta inviable concluir que el Ayuntamiento recurrente haya adquirido la propiedad del inmueble litigioso (Casa de Salud o Socorro) con anterioridad a la traba del embargo sobre el mismo”

Tenemos sentencias del Alto Tribunal como de 9 de octubre de 1997 ³⁹⁴, que determina que al perfeccionarse el contrato, la escritura pública equivale a entrega, cosa que no se produce en relación a la prestación del cesionario, que la tratarse de cosa futura, es decir obra que ha de construirse sobre la parcela cedida, la escritura en este caso no implica tradición.

O la STS de 14 de junio de 2007³⁹⁵, que al tener pronunciamientos contradictorios el Tribunal de Instancia y posteriormente la Audiencia, resulta muy clarificadora. En ella, el Juzgador de primera instancia, dará la razón a la codemandada, acreedora hipotecaria,

³⁹⁴ STS de 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065)

³⁹⁵ STS de 14 de junio de 2007, [RJ 2007, 3515], el hecho a enjuiciar se resume en si puede defenderse la tercería de dominio a la "vivienda tipo b en la planta 1º del Edificio en Salvatierra de los Barros, carretera de Zafra sin número, con entrada en el portal dos", de noventa metros cuadrados e inscrita al Tomo NUM000 , libro NUM001 , finca NUM002 , inscripción primera, del Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros, precisamente la que los actores terceristas entienden propia, por ser la finalmente cedida a su causante, en contraprestación por la aportación del solar, tal y como ha venido reconociendo, también en estos autos, el Sr. Adolfo , y todo ello por ser su adquisición, en definitiva, anterior a la hipoteca después constituida sobre tal finca a favor de "MONTE DE PIEDAD Y CAJA GENERAL DE AHORROS DE BADAJOZ".

y desde los postulados de la doctrina del "título" y "modo" consagrada en el artículo 609 del Código Civil, desestimó la demanda, por entender que el título que esgrimían los terceristas, es decir la escritura de permuta de fecha 13 de septiembre de 1991, de estrictos efectos obligacionales, ya que no fue seguida de la necesaria entrega del inmueble, "*traditio*", pues ésta sólo podría haber tenido lugar una vez realizada la edificación en cuestión, momento que en todo caso es posterior a la fecha de constitución de la hipoteca; es decir se rechaza la concurrencia de la *traditio ficta* que regula nuestro derecho en el artículo 1462 del Código Civil, por el simple otorgamiento de la escritura de permuta, y ello *por considerar que a tal fecha el tradente carecía de la posesión de la vivienda, a título de dueño, por ser aquélla futura y, por ello, inexistente.*

La Audiencia Provincial, sin embargo, revocó la Sentencia recurrida para estimar íntegramente la demanda rectora, acudiendo a la figura de la denominada "*prehorizontalidad*". Mantuvo así que la escritura misma de permuta ya suponía la tradición del artículo 1462, párrafo 2º, del Código Civil, admitiendo incluso de acceso registral, sin entender que para ello fuese obstáculo la condición de cosa futura de las viviendas a construir. Además de entender también que se daba la perfecta identificación del bien, cuyo dominio se pretendía por los terceristas, desde la documental aportada con la demanda (escritura de permuta, acta de presencia notarial y certificación del Ayuntamiento correspondiente) y admitir también que la demandada conocía al tiempo de formalizar la hipoteca que el inmueble hipotecado era la finca objeto de la permuta.

Se centra pues la cuestión, como señala la sentencia, en la eficacia real o no del negocio de permuta objeto del caso, y así se señala que *atendiendo a la doctrina de esta Sala que en supuestos como el presente, en que los terceristas esgrimen como título de dominio un negocio de permuta de solar a cambio de vivienda o local en la edificación futura, ha reiterado la aplicación del sistema de adquisición del dominio consagrado en nuestro derecho en el artículo 609 del Código Civil, que, para supuestos en que se alega como título un contrato, exige el requisito de la tradición o entrega de la cosa objeto del mismo. Así, señalaba la Sentencia de 9 de octubre de 1997 que "para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la*

conurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien admite esta en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del art. 1462.

[...] "al versar sobre una cosa speratae, aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o 'traditio' ". Se origina, en definitiva, un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra futura, la parte de superficie construida que se pacta, de la obra a realizar, de tal manera que el otorgamiento de la escritura de permuta o aportación del suelo edificable implica su entrega, pero sin que pueda operar la tradición ficta del artículo 1462 del Código Civil , en relación con las futuras viviendas o locales, por ser bienes que no existen en ese momento. Por todo ello, la jurisprudencia de esta Sala ha catalogado este tipo de contratos como atípicos, diferenciándolos, pese a la denominación que les hayan podido dar los contratantes, del contrato de permuta de bienes presentes, en que las cosas a intercambiar existen y están determinadas desde su celebración y pueden ser adquiridas por los permutantes, de tal manera que, en la modalidad contractual que ahora se examina, admitida por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 13 de marzo y 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001 y 6 de febrero de 2002 , "no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión a las demandantes, cedentes del suelo, como justa contraprestación, siendo después de su entrega cuando se produzca la adquisición del dominio" (Sentencia de 26 de abril de 2007).

En definitiva, se extrae que no cabe prescindir en estos casos del requisito del "modo", pues la entrega necesaria para la adquisición del dominio sólo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda en cuestión a los permutantes, incluso en casos como el presente en que se elevó el contrato de permuta a escritura pública.

De ahí, que ESPEJO LERDO DE TEJADA señale que si nada se ha pactado, debe jugar la presunción de participación del cedente y de cesionario por partes iguales formulada en el artículo 393.2 C.c, ya que con la entrega del suelo no debe presumirse la entrega de su titularidad plena y definitiva al constructor cesionario.

Sin embargo a nuestro juicio, aunque desde luego esta posición evitaría problemas a la hora de un posible incumplimiento del cesionario, la entendemos excesivamente forzada, y mas que admitirla como regla general, advertimos la conveniencia de que se pactare así entre cedente y cesionario.³⁹⁶

II.- Transmisión de la propiedad de los pisos o locales

Si bien la transmisión del solar como ya dijimos se produce normalmente al inicio bien por la concurrencia de la tradición instrumental o por la entrega efectiva de la posesión, lo que ahora se plantea es, en qué momento este cedente se hará dueño de los pisos o locales que debe adquirir como contrapartida, así como qué derecho tiene sobre ellos hasta que se produzca la transmisión de la propiedad a su favor.

Este problema se plantea lógicamente, y como se anunciaba con anterioridad, porque los elementos a percibir no existen físicamente al inicio, es decir esta cuestión también es clave para la compraventa de pisos futuros o a construir; pero en la cesión según la formula más común, la contraprestación del cedente ya se ha llevado a cabo, el solar ya le ha sido transmitido, sin embargo en la compraventa de pisos por construir se suele pactar un pago aplazado.

La determinación del momento de transmisión del dominio presupone otras circunstancias también relevantes para el cedente, como la de si podrá hacer constar su titularidad en el Registro, o si también podrá ejercitar una acción reivindicatoria contra quien indebidamente se atribuya la propiedad de algún piso o local que le correspondiera, o qué medios de defensa tiene frente a un posible embargo por deudas del cesionario.

³⁹⁶Vid. SERRANO GOMEZ, EDUARDO, op. cit *El contrato de cambio de solar por edificación futura. Doctrina jurisprudencia y legislación*, pg73, y ss.

Todas estas cuestiones lógicamente se contestan de distinto modo según cuando entendamos se ha producido la transferencia de dominio.

La determinación de este momento transmisivo también variará según nos encontremos antes sistemas consensuales de transmisión del dominio, como el italiano, o abstractos como el alemán. En los sistemas consensualistas, la propiedad y los demás derechos reales se transmiten por el mero consentimiento, que se manifiesta en el contrato traslativo, sin necesidad de entrega, es el caso del artículo 1376 del Codice Civile italiano³⁹⁷, y del artículo 711 del Code civil francés.³⁹⁸

En el Derecho italiano, como ya se ha recordado, la transmisión del dominio es llevada a cabo por el solo consentimiento; pero por el juego del artículo 1472 del Codice en caso de venta de cosa futura, la transmisión de la propiedad se retrasa hasta que la misma cosa objeto del contrato nazca³⁹⁹. Por ende, en cada caso concreto deberá determinarse según la finalidad del contrato y la voluntad de las partes, atendiendo a las fases por las que pasa la construcción, cuando se entiende que los pisos o locales tienen existencia real.

En el Derecho francés, también claramente espiritualista, pese a que la propiedad se adquiere por efecto de las obligaciones, el Code no se refiere a la transmisión de cosa futura, pero la doctrina mayoritaria (MAZEAUD, DAGOT o MALINVAUD⁴⁰⁰), exige la existencia de la cosa objeto del contrato. En este sistema, se plantea la doctrina si al contrato de permuta o cesión de suelo a cambio de obra, le es aplicable la Ley 67-3, de 3 de enero de 1967. Con este Código de la construcción se pretendió reforzar la posición del comprador de pisos que entrega cantidades a cuenta antes de la terminación de la

³⁹⁷Art. 1376 Codice civile italiano: *Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*

³⁹⁸Art. 711 Code civil francés: *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations*

³⁹⁹Esta es la postura de COTTINO, op. cit. *Del riporto. Della permuta*, o de BIANCA, op. cit. *La vendita e la permuta*

⁴⁰⁰MALINVAUD, op. cit. *Droit de la promotion immobilière*, pg 280 y ss.

construcción; así en dichos casos debe acudir al régimen reforzado, bien mediante la figura de la retroacción de efectos desde el día de la conclusión del contrato, cuando se trata de venta a término, o mediante la transmisión inmediata sobre las construcciones existentes, y en relación a las posteriores conforme se vayan realizando. Pero la doctrina y jurisprudencia se plantea si este régimen reforzado cabe aplicarlo a la permuta de suelo a cambio de obra. La *Cour de Cassation* desde la sentencia de abril de 1973 mantuvo la opinión contraria, y este es el criterio seguido mayoritariamente por la doctrina francesa como MALINVAUD, el criterio, no demasiado sólido a nuestro parecer, al que se acoge, es la distinta situación en la que se encuentra el comprador de pisos a construir frente al cedente, que decide transmitir el suelo a cambio de pisos o locales.

En la legislación francesa, tras la aprobación del Código de la construcción la definición de venta de inmuebles a construir se encuentra en los artículos 1601-1 del Code Civile y L. 261-1 del Code de la construction. El artículo 1601-1 del Code civil se refiere a dos modalidades de compraventa de inmueble por construir, es decir la venta a término y la venta en estado de futura terminación⁴⁰¹. En la modalidad de venta a término la transmisión de la propiedad de los inmuebles opera en el momento en que la obra se termina, y este punto se constata mediante un acta auténtica, produciendo una retroacción de los efectos, produciendo en consecuencia la cancelación de cualquier derecho constituido durante el periodo transcurrido.

Sin embargo en la modalidad francesa de venta en estado de futura terminación, la transmisión del derecho del vendedor al comprador sobre el suelo y las construcciones

⁴⁰¹Para mayor aclaración:

Artículo 1601-1: La venta de un inmueble por construir es aquella por la cual el vendedor se obliga a edificar un inmueble en un plazo determinado por el contrato.

Podrá ser concluido a término o en el estado futuro de terminación.

Artículo 1601-2: La venta a término es el contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar el inmueble a su terminación y el comprador se obliga a recibirlo y a pagar el precio en la fecha de entrega. La transferencia de propiedad se opera de pleno derecho mediante la constatación en escritura pública la terminación del inmueble; producirá sus efectos retroactivamente al día de la venta.

Artículo 1601-3: La venta en el estado futuro de terminación es el contrato por el cual el vendedor transfiere inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo así como la propiedad de las construcciones existentes. Las obras a realizar devienen propiedad del comprador a medida de su ejecución; el comprador estará obligado a pagar el precio a medida del avance de los trabajos. El vendedor conservará los poderes de propietario de la obra hasta la recepción de los trabajos.

existentes al inicio se produce inmediatamente y la propiedad sobre las obras futuras, las irá adquiriendo el comprador a medida que se realicen.

En nuestro sistema, se exige el título y el modo para la transmisión del dominio. Haciendo breve referencia a los antecedentes históricos, la *traditio* ya surgió en Roma, como modo más usual de transferir la propiedad, pero supeditando su eficacia a la *iusta causa*. La reelaboración de las fuentes Romanas que se produce durante la Edad Media dará lugar a la llamada teoría del título y el modo. Así se mantiene en las Partidas, y pese a que en los primeros momentos de la codificación, como el Proyecto de Código civil de 1821 y 1851, se optaba por un criterio espiritualista, finalmente el Código civil aprobado recoge la tradición histórica, siendo la entrega un elemento imprescindible en la transmisión del dominio y demás derechos reales. Así se consagra en el artículo 609, completado por el 1095.

En consecuencia, dado que en nuestro ordenamiento se exige junto al contrato que tenga lugar la tradición para que opere la transmisión del dominio, desde que se celebra el contrato de cesión hasta que tiene lugar la tradición el derecho que ostenta el cedente puede entenderse como derecho personal o de crédito. La doctrina mayoritaria entiende que no puede existir en dicho periodo ningún derecho real, en primer lugar porque al ser los pisos bienes futuros, sobre ellos no puede recaer derecho real alguno. Y en segundo lugar, porque la misma tradición que ha de existir presupone la existencia actual del bien cuya posesión se transmite. En esta tesis podemos observar cierta discrepancia entre quienes admiten efecto traditorio de la escritura, convirtiendo en este momento el derecho adquirido en un derecho de carácter real, y quienes lo niegan, mas adelante volveremos a esta cuestión.

Ya se señaló con anterioridad, en relación a la admisibilidad del negocio sobre cosa futura, la posición de ROGEL VIDE⁴⁰². En este punto, el autor distingue entre las teorías que consideran que existe en tales casos una falta de objeto del contrato, aquellas que si admiten la existencia de un negocio válido con todos los elementos esenciales, y aquellas en las que se admite la validez del negocio si bien se diferencia según se trate de la

⁴⁰²ROGEL VIDE, CARLOS op. cit *La compraventa de cosa futura*, pg 197 y ss.

modalidad *emptio rei speratae* o en la modalidad *emptio spei*. Ciñéndonos, como ya se aclaró a la *emptio rei speratae*, y admitida pues la contratación sobre cosa futura, es cuando podemos plantearnos la posible eficacia, en relación a estos bienes futuros, de la entrega instrumental.

El efecto derivado de admitir esta postura, será entender que el cesionario, es propietario de la totalidad del edificio y sus departamentos hasta que se produce la tradición, y en consecuencia, si éste enajena la finca aun tercero sin asumir sus obligaciones, el cedente no podrá exigir al nuevo propietario que construya y le entregue los pisos del mismo edificio que se habían acordado, como titular de un derecho de crédito, solo podrá dirigirse frente al cesionario con quien contrató. Tampoco podría enervar la acción real registral que vinculada a determinados pisos ejercitara quien los hubiera adquirido del constructor y figure como titular del mismos según el Registro. Así mismo el cedente podrá enajenar su derecho, que consistirá en el derecho a exigir la entrega de la obra, pero no transmitir la propiedad. Y si el piso o pisos fuera embargado, el cedente no estará legitimado para interponer la tercería de dominio, si seguimos la postura clásica de entender que es ineludible acreditar el dominio. Lo que en esencia consiste en no poder ejercitar las acciones o facultades propios de un derecho real.

Por otro lado encontramos, autores como ALONSO CASADO⁴⁰³ o DE LA CAMARA ALVAREZ⁴⁰⁴, que tratan de aproximar su tutela a la esfera jurídico real. Este ultimo considera que una vez se ha definido el edificio y otorgado el titulo constitutivo de la Propiedad Horizontal, el cedente tiene un *ius ad rem*, incluso aunque el contrato se haya celebrado en documento privado. Y si además el contrato se ha elevado a escritura pública, durante la construcción del edificio, para DE LA CAMARA ALVAREZ la tradición instrumental sí puede ser equivalente a entrega, convirtiendo ya al cedente el dueño de los pisos o locales. Postura semejante es la de quienes como GARCIA-

⁴⁰³ALONSO CASADO, JUAN: “Permuta solar por pisos” *Boletín Colegio Nacional de Registradores*, julio-agosto 1992

⁴⁰⁴DE LA CAMARA ALVAREZ, MANUEL, Con la colaboración de Garrido Cerda y Soto Bisquert *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*, Ponencia española al X Congreso Internacional del Notariado latino de Montevideo, 1969, Publicación de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, t II, pg.874 y ss.

BERNARDO LANDETA⁴⁰⁵, hablan no de *ius ad rem*, sino de titularidad preventiva, de modo que dicha titularidad repercutirá sobre el bien, marcando una especie de copropiedad sobre la propiedad aun única que recae sobre el solar, y que luego provocara automáticamente la comunidad.

El TS como ya se ha señalado ha admitido que la escritura publica tenga efecto traditorio en caso de la cesión de suelo a cambio de obra, si no existe voluntad en contrario. El problema esta en determinar si siempre puede producir este efecto, y operar como tradición instrumental o no cabe cuando los bienes son indeterminados o futuros.

A la luz de lo señalado, podemos observar como TS y doctrina coinciden en exigir que para que la escritura publica tenga efecto traditorio, es necesario que el objeto a transmitir sea determinado suficientemente y existente, aunque el grado de existencia puede ser mínimo. Incluso la falta de materialidad del piso o local se podría suplir por su constancia registral, de modo que aunque los pisos o locales no tengan existencia real aun, el Registro los puede hacer cognoscibles a terceros, y les de la consideración de fincas registrales.⁴⁰⁶

De este modo, como ya dijimos, al admitir el artículo 8, párr. 4º, y 5º de la LH la inscripción de los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción este concluida o por los menos comenzada, y también la de los pisos o locales del edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen; cabrá su inscripción cuando la construcción este comenzada, aunque solo desde un punto de vista técnico, es decir con la confección del proyecto y concesión de licencias necesarias.

Inscrita la división horizontal, no se advierte ya problema para que la escritura publica de cesión o permuta transmita la propiedad de los pisos o locales al cedente.

⁴⁰⁵GARCIA-BERNARDO LANDETA, “La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción” *RCDI* 1974, pg 731 y ss.

⁴⁰⁶Posición ésta de ROGEL VIDE, CARLOS, op. cit. *La compraventa de cosa futura*, o de MERINO HERNANDEZ, op. cit. *La permuta*

Cabe también que aun no estando inscrita la división de propiedad horizontal, los pisos se hayan comenzado a edificar, lo que le da existencia real, y de este modo la escritura publica también pueda tener efecto traditorio, esta consecuencia parte de la interpretación registral del artículo 8 de la LH pero no hay obstáculo en aplicarla al ámbito civil puro. Dicho de otro modo, el hecho de no estar terminada la obra no es causa para impedir el efecto traditorio de la escritura publica si la voluntad de las partes ha sido favorable a dicha transmisión. La voluntad de los contratantes como tantas veces hemos reiterado es básica para producir un efecto u otro. Los contratantes pueden aplazar la transmisión de la propiedad hasta un momento posterior a la escritura o pueden anticipar por el acuerdo el momento de la transmisión; de ahí que como señala DIEZ PICAZO⁴⁰⁷, “en virtud de un convenio expreso de los interesados puede fijarse como momento de la traslación el de la emisión de los consentimientos traslativos”, teniendo consecuentemente dicho acuerdo plena eficacia entre quienes lo otorgan si bien no alcanza a los terceros que hayan confiado en la apariencia creada a causa de no haber llevado a cabo la tradición. En este sentido al faltar la eficacia erga omnes del acuerdo, no podremos decir que la transmisión el dominio se hay producido, por carecer de un elemento esencial de todo derecho real, que es la oponibilidad a terceros.

Con todo ello podemos observar como el contrato permitirá al cedente adquirir un derecho de crédito, pero la propiedad sobre los pisos o locales, la adquiere bien cuando sean construidos y entregados, o se eleve dicho contrato a escritura pública, o consta en el Registro de la Propiedad la división horizontal del edificio, o los pisos son reconocibles en la misma edificación existente.

Cabe plantearse si es posible hacer constar en el Registro de la Propiedad los derechos del cedente del solar antes de que haya adquirido el dominio. La respuesta obviamente está vinculado a la naturaleza del derecho que ha adquirido en dicho periodo el cedente, cosa que ya hemos analizado. De modo que si lo que se adquiere es un derecho personal o de crédito, no es en ningún caso susceptible de inscripción, pues no está (el derecho a que el cesionario construya y le entregue la obra), entre los que

⁴⁰⁷DIEZ PICAZO, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, novena edición, Tecnos, 2005

excepcionalmente y por norma legal pueden tener acceso al Registro. Simplemente como elemento de contraprestación se podrá hacer constar la citada obligación; pero carecerá de eficacia frente a terceros si no se asegura su cumplimiento mediante una condición resolutoria expresa u otro medio de garantía real.

Una vez se haya inscrito la transmisión del solar y ha accedido al Registro el edificio dividido horizontalmente, podrá abrirse un folio aparte a cada uno de los pisos o locales que le corresponden al cedente del solar, refiriendo la primera inscripción al dominio que recae sobre los mismos.

Las relaciones entre tradición e inscripción han sido siempre polémicas, hoy es unánimemente aceptado que al Registro debe llegar el título completado de la tradición; pero en función de la tesis que se sigue en relación a si cabe tradición instrumental aunque los pisos no están construido o acabados, será posible dicho acceso a Registro cuando los pisos están proyectados o construidos, cosa que se admite conforme el artículo 8 LH.

Si el constructor, antes de la transmisión del dominio, vende algún piso a tercero, podrá ser aplicable el régimen jurídico de la doble venta que establece el artículo 1473 del Código civil.

Si lo que se produce es un embargo por deudas del constructor, podemos plantearnos si el cedente tiene legitimación para levantar dicho embargo mediante una tercería de dominio. Inicialmente el TS entendía que la tercería implicaba el ejercicio de una acción reivindicatoria, pero actualmente no se duda de la independencia de cada una de estas acciones⁴⁰⁸. Y para que triunfe la tercería basta acreditar que el ejercitante era propietario del bien con anterioridad a la traba, lo que implica según la teoría del título y

⁴⁰⁸Así se pronuncia el TS en la STS de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1155), “mientras la acción reivindicatoria se interpone contra el poseedor o detentador, la tercería de dominio va contra el ejecutante, que no posee ni detenta, y frente al ejecutado, que en muchos casos tampoco es poseedor..”. Consecuentemente la acción reivindicatoria se interpondrá por el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario, y sin embargo la tercería de dominio se interpone por el propietario poseedor de un bien que esta indebidamente trabado. Además la acción reivindicatoria persigue la recuperación del dominio de la cosa, en tanto en cuanto que aquella acción se dirige al levantamiento del embargo, es pues una acción declarativa de la titularidad sobre el bien o derecho embargado.

modo, no solo la existencia del contrato, sino la prueba de la entrega, antes de producirse el embargo. El procesalista FERNANDEZ LOPEZ⁴⁰⁹ entiende poco acertada esta interpretación, y considera que la existencia de un derecho esgrimido y probado por el tercerista es suficiente para alzar el embargo, e incluye a los derechos de crédito, como derechos susceptibles de producir este efecto, que justifican pues el levantamiento de embargo. Y en consecuencia el cedente podrá estar legitimado frente al adquirente para ejercitar la tercería de dominio, aun cuando no se haya producido a su favor la tradición antes del embargo. Pero sigue siendo obstáculo de ello la propia Ley de Enjuiciamiento Civil que no contempla dicha posibilidad. De admitir que la propiedad un sea el único título susceptible de fundar la tercería de dominio, se solucionario el problema planteado, por un embargo de los pisos contraprestación a favor del cedente, debido a deudas del constructor, ya que aun cuando no se hubiera producido la traditio, el derecho que ostenta el cedente, como derecho de crédito, sería suficiente para que prosperara la tercería; esto esta posibilidad recogida en la STS de 2 de febrero de 1994⁴¹⁰, sigue siendo algo excepcional.

Hasta ahora nos hemos referido a la transmisión de la propiedad en el modelo mas común de cesión de solar a cambio de obra, sin embargo, no deja de ser frecuente cada día mas, la opción de cesión de una cuota de solar a cambio de la obra. Esta formula fijada legalmente en el derecho alemán, como ya se analizó, y en la legislación catalana, es la fórmula que a nuestro parecer mejor protege los intereses del cedente en caso de presentarse alguna situación conflictiva, como el citado embargo de la finca por acreedores del cesionario. En este supuesto con el contrato seguido de la tradición de la cuota cedida, la finca pasara a pertenecer en pro indiviso al antiguo dueño y al constructor, de modo que se crea una comunidad regida por las normas de los artículos 392 y ss. del Código civil. Este hecho permite que por le juego de la accesión lo que se construya pertenecerá también pro indiviso a los dos comuneros en proporción a su cuota.

Cabe incluso, como entendemos preferible, que desde el inicio se determine las dependencias, pisos o locales que pertenecerán a cada uno, de manera que se vaya

⁴⁰⁹FERNANDEZ LOPEZ M.A. *Derecho procesal civil III*, 3ª ed. Madrid, 1994

⁴¹⁰STS de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994, 861)

adquiriendo la propiedad de aquellas en la medida en que se vayan construyendo. Por ende cabe que se adquiera el dominio sobre cada piso, previa división del edificio común y adjudicación a cada condueño de los pisos o locales equivalentes a su participación; y otra que implica la adquisición directa por cada propietario del dominio exclusivo de su parte sobre lo construido. Lo que no hay en ninguna de las modalidades es transmisión del dominio del constructor al cedente.⁴¹¹ Este es el supuesto contemplado por la Resolución de 16 de mayo de 1996⁴¹², en la cual el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico que se entiende complejo y en proceso de transformación, que implicaría la participación, por la cuota que se le asigne al piso, en la comunidad que recae sobre el solar; a la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio del régimen de propiedad horizontal y a convertir aquella cuota en la propiedad separada del piso o local.

Si el negocio se formula sobre la cesión de un derecho de vuelo o de subedificación, el cedente se hará propietario de los pisos o locales como consecuencia del contrato seguido de la entrega de los pisos ya sea real o instrumental, aquí si hay transmisión a diferencia de la modalidad anterior pues el constructor o cesionario, si ha hecho suyos previamente los pisos.

⁴¹¹Vid. LOPEZ FRÍAS, ANA, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch , Barcelona 1997, pg 91

⁴¹² Resolución de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3950)

CAPÍTULO III. PROTECCION DEL CEDENTE

I.- Introducción

Visto en esencia el negocio de cesión de solar a cambio de obra, resulta de especial relevancia el desequilibrio que se produce entre la posición del cedente, que se ve desprendido de la titularidad del solar, y el cesionario que está obligado a entregar una obra futura.

Sobre este desequilibrio, ya se ha tratado en varias ocasiones, tanto al relacionar las diferentes modalidades de cesión de suelo a cambio de obra, como al tratar las consecuencias de admitir el efecto traditorio de la escritura de cesión, con sus diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

De ahí que sea de especial relevancia encontrar medios de protección al cedente. En el Derecho Alemán, con este propósito de dar protección al cedente y asegurar la entrega de la vivienda u obra futura, observamos como el ordenamiento establece distintos modos de asegurar las obligaciones, así, junto a la posibilidad clásica, derivada del propio Código Civil alemán, de admitir la inscripción de una anotación preventiva (Vormerkung) a favor del adquirente, se aplica también la normativa de los promotores (Decreto sobre Agentes y promotores inmobiliarios), es decir las normas de la Makler und Bauträger Verordnung, y la Ley sobre condiciones generales de los contratos (AGB-Gesetz), siempre que el cedente no sea profesional inmobiliario.

La garantía de mayor auge y relevancia es “la anotación preventiva”, para FERRANDO NICOLAU⁴¹³ las anotaciones preventivas, constituyen el medio más seguro de garantizar las pretensiones del adquirente, es decir el cumplimiento de las obligaciones del cesionario. Como es sabido, en el ordenamiento alemán, para adquirir la propiedad se

⁴¹³Vid. FERRANDO NICOLAU, ESPERANZA, *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, Mario E. Clemente Meoro (Coordinador). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

precisa, por un lado un acuerdo real de entrega (Einigung o —Auflassung, en el caso de fincas—), y por otro la inscripción registral. Como tales acuerdo e inscripción no son normalmente inmediatos a la realización del contrato de transmisión, el acreedor de la entrega está expuesto al peligro de que el vendedor o, en general, quien está obligado a transmitirle la propiedad no llegue, por cualquier motivo, a realizar dicha transmisión, o lo haga sólo limitadamente, de ahí la necesidad de dar publicidad a este compromiso.

La publicidad registral es una garantía o medio de protección tradicionalmente utilizado para las transmisiones de derechos reales. En el caso del contrato de permuta de solar por obra, según el derecho alemán, se requiere acuerdo real de entrega, y la inscripción registral; hasta que ello se produzca sólo contamos con un contrato meramente obligatorio entre partes y sin eficacia frente a terceros.

Por tanto cabría que llegaran al Registro actos traslativos sobre el solar que podrían dejar sin efecto el negocio de permuta. Y ello es un riesgo evidente cuando además, el periodo de tiempo que transcurre desde la celebración del contrato hasta la entrega de los pisos puede ser considerable.

Por ello, y extrapolando lo que para el contrato de promoción prevé el MaBV⁴¹⁴, es posible acudir a las anotaciones preventivas. Con ella se trata de asegurar la prestación futura de entrega, por ello es requisito indispensable que dicha pretensión futura que accede al Registro mediante la anotación preventiva esté perfectamente configurada, y lo que es más, sea definitiva. Pues en otro caso carecerá de eficacia la anotación preventiva.

Así si el derecho del adquirente se encuentra pendiente del otorgamiento de las preceptivas licencias, la anotación no otorga ninguna ventaja, si estas licencias no se conceden.

Con la anotación preventiva, no queda claro que consecuencias legales devienen, ni la naturaleza jurídica de aquella; existe una gran disparidad de opinión en la doctrina

⁴¹⁴ Makler und Bauträger Verordnung

alemana, y no hay una regulación al respecto. En opinión de FERRANDO NICOLAU⁴¹⁵, con la anotación se le otorga un cierto carácter real a una pretensión que hasta entonces era meramente obligatoria pero, sin embargo, no impide los actos posteriores del todavía titular del bien (acreedor de su transmisión), es decir, no los priva absoluta y automáticamente de eficacia, ni produce tampoco el cierre del Registro a los actos posteriores de disposición que la contradigan. Dichos actos solo serán ineficaces en la medida en que frustren de facto la pretensión del beneficiario de la anotación, ya que éste cuenta con un medio de defensa para dirigirse contra el tercero que ha inscrito su derecho con posterioridad, y exigirle la modificación del Registro, mediante su aceptación de la inscripción o de la cancelación que sean necesarias para la realización de la pretensión asegurada por la anotación preventiva.

Junto con la anotación preventiva señalada, la MaBV se aplicará al contrato de permuta de solar por obra en función del tipo o modelo de permuta que se adopte. En la MaBV se establece que para que se pueda exigir el primer desembolso al adquirente en relación al valor patrimonial transmitido: el contrato debe ser eficaz, las pretensiones firmes, y definitivas (permisos y licencias concedidos). Se inscribirá a favor del adquirente la anotación preventiva. Y el promotor debe haber liberado el bien de cualquier derecho de garantía que recayera sobre el mismo.

La cantidad restante adeudada al promotor en el contrato de promoción se efectuará conforme avanza la construcción; y de acuerdo con un plan de plazos que la misma norma prevé, según la fase en que se encuentre la obra, es decir los desembolsos se efectuarán tras la terminación de cada fase que ejecute el promotor.

Si tratamos de aplicar estos beneficios a la cesión de solar a cambio de obra permuta, debemos distinguir en función de la modalidad de que se trate, tal y como ya fueron analizadas; así, en pura teoría encajarían en el modelo de permuta clásica; pero

⁴¹⁵Vid. FERRANDO NICOLAU, ESPERANZA: *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*. Mario E. Clemente Meoro (Coordinador). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

dado que en ella no hay pagos en dinero, como contraprestación es muy difícil su adaptación.

En el modelo de cuota, tampoco parece directamente aplicable ya que no se da una transmisión del solar al promotor sino de una cuota del mismo.

Por tanto en estos supuestos el cedente tendrá que buscar la protección por los medios tradicionales, como a anotación preventiva, la fianza o una hipoteca en garantía de su obligación.

Sin embargo en el modelo de permuta mixto o de prorroga, puesto que como se ha visto en él se dan dos compraventas cruzadas, dos transmisiones de dos valores patrimoniales diferenciados, cabría aplicar la normativa de la MaBV si bien solo resulta lógico aplicarla a la transmisión de las viviendas del promotor al antiguo dueño del solar.

Además no podemos olvidar, que al encontrarnos ante una modalidad contractual bastante frecuente en la vida jurídica alemana, mucho más que en nuestra vida jurídica, de ahí que este contrato se encuentra estandarizado, en muchas ocasiones, y lleva a que no sea negociado individualmente entre el promotor y adquirente, sino a que se imponga al cedente (no empresario normalmente). De ahí que su contenido también deba quedar sometido a la Ley de Condiciones Generales de los Contratos, (Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz). La AGBG podrá también ser aplicable cuando estemos ante contratos de adhesión, pues así se requiere expresamente.

En la práctica es usual que se celebren estos contratos propuestos y redactados con anterioridad unilateralmente por el promotor, y que el propietario del solar simplemente firme este contrato de adhesión.

Con este requisito dejamos fuera a todos aquellos contratos redactados propiamente de manera conjunta y de mutuo acuerdo entre el promotor y el dueño del solar. También quedan fuera los supuestos en que el dueño del solar sea profesional y no consumidor, por quedar excluida la aplicación de esta norma.

Por último en relación a las medidas de garantía de esta figura en el Derecho germano, se plantea la doctrina la posible aplicación del derecho de adquisición preferente derivado del art. 504 BGB, en el caso de que un tercero pretendiera adquirir el solar permutado.

Pero como señala FERRANDO NICOLAU, sólo cabría el ejercicio del derecho de retracto en el supuesto del llamado modelo de prórroga (Stundungsmodell), puesto que aquí la contraprestación que recibirá el dueño del suelo es simplemente una cantidad de dinero, por lo que resulta perfectamente posible la sustitución del adquirente de dicho terreno, sin que sea muy compatible con las otras dos modalidades.

Todo ello sin olvidar que desde el inicio de la configuración de esta figura en atención a la modalidad que se escoja, la debilidad de la posición del cedente es bien distinta; recordemos que esta especialidad se desarrolla en torno a tres modelos distintos, todos ellos de creación notarial, cuya principal diferencia radica en la consideración del promotor como copropietario o como propietario único del solar donde se construirán las viviendas, (según el cedente se desprenda de todo o una cuota del solar), además de una modalidad mixta que implica realmente dos compraventas cruzadas. Es una distinción muy similar a la que utiliza el legislador catalán.

Sin embargo por lo que respecta a nuestro ordenamiento, y a falta de regulación especial, pasamos a tratar las que son hoy por hoy las únicas formulas con las que puede dotarse al cedente de una mayor seguridad.

II.- Transmisión de derechos con la escritura de cesión.

No vamos a volver a tratar las diferentes posturas doctrinales sobre la eficacia traditoria de la escritura de cesión de solar a cambio de obra futura, pero si debe recordarse que si se otorga esta escritura y previa constitución de la división horizontal con los requisitos que prevé el artículo 5 de la LPH, la obra futura, convertida ya pisos o locales

perfectamente descritos, podrá acceder a registro, y conferir al cedente todos los derechos como propietario que además tiene su derecho inscrito sobre los pisos o locales.

Así pues se evitarían innumerables peligros, que al estar ya protegido registralmente no se darán, ahora bien lo que no se garantiza con ello es que el cesionario cumpla su obligación de construir los pisos o locales, y terminarlos de conformidad a lo pactado, por esta razón se pueden conjugar ahora otros medios de garantía que tratamos a continuación.

III.- Cesión de cuota indivisa de solar

Dentro de las modalidades de constitución, ya se hizo referencia a la posibilidad de que el propietario del solar ceda únicamente una cuota del solar, de este modo su posición será la misma que si la transmisión fuera actual. Al transmitir esta cuota indivisa, se constituye una comunidad especial, tradicionalmente denominada “comunidad valenciana”, pues como se indicó fue una modalidad especialmente creada en dicha zona geográfica, alrededor de los años setenta. Al transmitir el cedente una cuota, se determina en el mismo contrato de cesión las normas por las que debe regirse esta comunidad de conformidad con el artículo 392.2. C.C. Entre ellas se dispondrá la determinación del edificio a construir así como los diferentes departamentos, pisos, locales, anejos, etc. del mismo.

En el folio registral abierto al solar se hará constar esta comunidad, así como los pisos o locales. El modo en que se irá adquiriendo la propiedad de los mismos, conforme se vayan proyectando y construyendo será progresivo. Esta comunidad y su acceso al registro ya fue admitida en resoluciones de la DGRN como la de 18 de abril de 1988, o la de 17 de julio de 1998.

Además también esta posibilidad se analizó en el derecho alemán, y en la LCF, que regula la transmisibilidad de una finca o de la edificabilidad. El sistema de adquisición que se propone en este caso es la accesión, de modo que la transmisión de la propiedad

se irá haciendo progresivamente a los propietarios sobre la finca cedida, sin que sea necesario un acto de concreción de cuotas o pisos.

Con este método, al transmitir una parte del solar, y constituir sobre el inmueble una comunidad, el cedente tiene ventajas tales como la posibilidad de ejercitar una tercería de dominio registral ex artículo 38.3 LH o una tercería de dominio sobre lo que en cada momento y de manera progresiva sea de su propiedad, es decir siempre sobre su cuota del inmueble y a medida en que los pisos y locales se terminen, también sobre éstos.

IV.- Constitución de derechos de vuelo o de superficie

Otro medio de constitución, consiste en configurar el derecho del cedente sobre los futuros pisos, estableciendo un derecho real limitado sobre el inmueble o solar, como el derecho de vuelo o el de sobreedificación, o subedificación, o un derecho de superficie.

En caso de constituir un derecho de vuelo sobre el solar, el cedente se reserva a su favor la titularidad del mismo solar, cediendo el derecho al vuelo, o los pisos que se construirán sobre el mismo. Cabe también constituirlo sobre un edificio ya construido como se señaló con anterioridad.

Cuando se transmite a un tercero el derecho de sobreelevación o de subelevación, es cuando al adquirir entidad propia se habla ya de derecho de vuelo, su naturaleza a partir de ese momento pasa a ser la de derecho real que es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad, como señaló la STS de 23 de junio de 1998.⁴¹⁶

En este sentido recordemos la Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 1986⁴¹⁷, en ella la Dirección General acordó confirmar el auto de la Audiencia Territorial de Barcelona, con los siguientes razonamientos “*Considerando que la cuestión que plantea*

⁴¹⁶STS de 23 de junio de 1998 (RJ 1998, 4744)

⁴¹⁷Resolución DGRN de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1006)

el presente recurso consiste en determinar si es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura en que se constituye un derecho de vuelo sobre la planta baja de un edificio proyectado, y sujeto a la condición de que el adquirente del referido derecho la construya dentro de un plazo determinado.

Considerando que el derecho contemplado en la escritura calificada no puede estimarse que carece de trascendencia real, pues se trata de un derecho de vuelo o sobrevaloración, es decir, un derecho de construir plantas en fincas edificadas ajenas, figura nítidamente diferenciada del derecho de superficie, no sólo por la distinta base física sobre la que se constituye, sino por la perpetuidad de la propiedad que origina el derecho de sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria.

Considerando efectivamente que en el caso examinado no existe aun la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, pero es indudable también –a la vista de la escritura calificada- que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja.

Considerando que el carácter condicional del derecho, que hace de éste una simple expectativa hasta el cumplimiento de la condición, no impide a la vista de nuestro ordenamiento hipotecario, el que pueda ser inscrito al estar prevista en el artículo 23 de la Ley, una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionalmente. (...)”

En opinión de MERINO HERNANDEZ⁴¹⁸ cuando se pacta el cambio de solar no por número de apartamentos o elementos independientes en el nuevo edificio a construir sino por un derecho de vuelo o sobreelevación, estaremos ante una permuta de solar por derecho de vuelo; y este figura presenta grandes ventajas para el cedente de solar, como menor carga fiscal, (la valoración la hacen las partes), mayor reconocimiento de su derecho, al tratarse de un derecho real, con toda la protección que ello implica, y reducción de problemas entorno al incumplimiento, relacionados con menor cabida o menor calidad.

En la actualidad el derecho de vuelo regulado en el artículo 16 RH, permite gran margen de autonomía de voluntad a las partes, quien podrán definir la determinación de

⁴¹⁸MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, op. cit *El contrato de permuta*, pg 362

las plantas a construir, las características de la construcción y el plazo para el ejercicio de este derecho. En relación al plazo la STS de 24 de febrero anulo el plazo de 10 años fijado en el RH tras el Decreto de 1998, y se insistió en su nulidad en la STS de 31 de enero de 2001, al entender que se producía una extralimitación del Decreto, por cuanto esta limitación debe necesariamente venir establecida por Ley⁴¹⁹

Del mismo modo cabe también la cesión del subsuelo, el cedente retiene la propiedad del solar hasta que se otorga la escritura de obra nueva y división horizontal, en la que deberá también intervenir el titular del este derecho de vuelo, y la propiedad inicial, sobre el todo, el solar, pasará a convertirse en una cuota de copropiedad sobre el nuevo elemento. Serán copropietarios del régimen de propiedad horizontal.

Y de manera análoga observamos la posibilidad de que el cedente transmita un derecho de superficie sobre el solar, acordando que la parte cesionaria cede pisos o locales al cedente.

ROCA SASTRE⁴²⁰ da cabida a este supuesto, pudiendo el dueño de una finca edificada enajenar la edificación al superficiario, reservándose la propiedad del terreno; o a la inversa, enajenar el terreno reservándose la propiedad de lo edificado; o incluso enajenar a un tercero el terreno y a otro la edificación.

Lo que se transmite en este supuesto es el derecho real de superficie en suelo ajeno, pero se inserta otra cláusula de contraprestación por la que el superficiario revertirá uno o varios pisos al dueño del suelo, que previamente ha de construir.

⁴¹⁹Vid. DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL op. cit. “ Breves consideraciones entorno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el RH de 1998. Análisis de la STS de 24 de febrero de 2000” *RCDI*, núm. 659, mayo junio 2000, pg 2029

⁴²⁰Vid. ROCA SASTRE, RAMON MARIA “Ensayo sobre el derecho de superficie”, *RCDI*, 1961, núm. Extraordinario 392, pg 29

De hecho como defiende ALONSO PEREZ⁴²¹, ante la posición tan ventajosa que coloca el contrato de cesión de solar a cambio de obra, a quien pretende construir en finca ajena, no queda perfectamente resuelta ni con la condición resolutoria, de la que mas tarde volveremos a hablar, ni con ninguna otra garantía, fuera de la misma configuración de la relación jurídica como derecho de superficie o como derecho de sobre o de subedificación. De tal modo que el propietario del solar no edificado no pierde su derecho de propiedad sobre la finca, lo que le protege frente a posibles problemas que puedan generarse en la relación, y así mismo el constructor adquiere “ o bien un derecho de propiedad o bien un derecho real sobre cosa ajena –dependiendo de si se transmite *ab initio* una cuota del suelo o no - pudiendo construir una hipoteca tanto en uno como en otro caso.

Este supuesto tiene como limitación la naturaleza temporal del derecho de superficie, de manera que salvo que se pacte por periodos realmente prolongados, al cesionario no le interesa esta posibilidad.

V.- Condición resolutoria expresa

Se ha analizado ya postura de la doctrina, jurisprudencia, y de la DGRN, entorno a la eficacia de la condición resolutoria, pero no podemos dejar de mencionar en este punto la conveniencia de utilizar esta institución, para garantizar la posición del cedente. Mediante ésta las partes pueden acordar que el contrato de permuta o cesión de suelo a cambio de obra, quede resuelto en el caso de que transcurrido un plazo señalado, no se entreguen los pisos o locales ya terminados al cedente.

Si la condición resolutoria no se cumple el contrato quedará resuelto automáticamente, lo que permitirá el cedente vuelva a ser titular registral de la finca o solar previamente transmitida; siempre que como señalaba PASCUAL MAIQUES, se

⁴²¹Vid. ALONSO PEREZ, MARIA TERESA: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2000, pg. 359.

cumplan los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, requisitos que debe recordarse son los siguientes: 1°. Aportarse el título del vendedor (art. 59 R. H.), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; 2°. Acreditarse la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Ya que si se formulara oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, es decir, la existencia de un incumplimiento, grave que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta; 3. Acompañar el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6 R.H.).

No olvidemos que el funcionamiento de la resolución derivada de la condición resolutoria difiere de la resolución derivada del artículo 1124 C.c. Fundamentalmente como señala SERRANO GOMEZ⁴²² no requiere que se produzca un incumplimiento grave, sino que bastará con que tenga lugar el hecho condicionante. De ahí que con esta garantía se consiga que determinadas circunstancias que carecerían en sí mismas de suficiente entidad para producir la resolución, puedan llevar a ésta al haberse pactado así.

Por ello es frecuente observar que estas cláusulas se pactan incluso para cubrir los casos de incumplimiento no imputable al deudor, es decir fuerza mayor o caso fortuito.

El único inconveniente de esta cláusula, es que si la condición resolutoria accede al Registro, las entidades bancarias se muestren negativas a la concesión de préstamo hipotecario al cesionario, salvo que se pacte, como también se analizó, una posposición de la condición resolutoria a favor de la hipoteca que habrá de constituirse. Así el cedente

⁴²²SERRANO GOMEZ, EDUARDO: *El contrato de cambio de solar por edificación futura*, op. cit pg 109

asume que no le será posible oponer al acreedor hipotecario la resolución, pero sí seguirá siendo efectiva frente al resto de sujetos.

VI.- Condición suspensiva

Del mismo modo que las partes pueden pactar una condición resolutoria, pueden también introducir en el contrato una condición suspensiva, de tal manera que el contrato no se perfecciona hasta que se cumplan determinadas obligaciones, ejemplo obtención de licencia para la obra, obtención de un préstamo hipotecario para que constructor pueda financiar la obra, etc.. De este modo la eficacia del contrato queda en suspenso hasta que se cumpla la condición incluida en el mismo contrato.

El cedente mantendrá la propiedad del solar hasta que se produzca la entrega de los pisos o locales.

Por otro lado, es común para darle realmente efectividad a la condición suspensiva, estipular un plazo dentro del cual deberá producirse el hecho previsto como condición, pues en caso contrario, como señala SERRANO CHAMORRO⁴²³ carece de eficacia.

Cabe que la condición suspensiva, tenga como acontecimiento condicionado el otorgamiento de la licencia de obras para llevar a cabo la construcción, o incluso que se vincule a la obtención de un préstamo hipotecario por parte del adquirente del solar, de manera que si no se obtiene el contrato no producirá efectos.

El funcionamiento de la condición suspensiva en este contrato, como con carácter general, llevará a que la obligación esta vigente, aunque con eficacia limitada en tanto que no se cumpla. Y una vez tiene lugar su cumplimiento, el contrato tiene plenos efectos, con retroacción al momento de la celebración del mismo.

VII.- Reserva de dominio

⁴²³SERRANO CHAMORRO, M^a EUGENIA, *Cambio de solar...*, cit., pg 263

Cabe también que el cedente se reserve la propiedad del suelo hasta que se cumplan las obligaciones del cesionario, momento en que se producirá la transmisión de la propiedad. Con esta pacto, el cedente se asegura que va a recibir la contraprestación pactada sin perder la vinculación con su terreno.

En nuestro ordenamiento queda permitido el pacto en el negocio de cesión de suelo a cambio de obra futura ya que no hay obstáculo legal para incluirlo en la compraventa de inmuebles ni en consecuencia en la permuta, y además la legislación hipotecaria lo permite expresamente en el artículo 11 LH. Este pacto de reserva de dominio, no podrá tener eficacia frente a terceros salvo que se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Desde la celebración del contrato, hasta la entrega del dominio, tras el cumplimiento del cesionario, y puesto que el cesionario necesita utilizar el suelo para cumplir sus obligaciones, se entrega por el cedente la mera posesión del solar.

El contrato se perfecciona en el momento de la celebración del mismo, a diferencia de la condición suspensiva, pero queda en suspenso la obligación de transmisión de la propiedad del suelo hasta que por parte del cesionario se cumpla su obligación.

En este caso, el principal inconveniente es la dificultad que se le plantea al cesionario para la obtención de crédito, ya que no podrá hipotecar el suelo.

Por el contrario señala SERRANO GOMEZ⁴²⁴ que el pacto de reserva de dominio puede concebirse de dos formas. La primera implica una transferencia al cesionario de la posesión del solar, pero el cedente se reserva la propiedad del mismo hasta que se construyan los pisos conforme a lo acordado. El cedente pues mantiene la propiedad y el cesionario adquiere una posesión que podría entenderse como posesión en concepto de dueño, pues no debe restituir las cosas, si la edificación llega a realizarse. Actuaría como una especie de condición suspensiva de la transmisión del dominio.

⁴²⁴SERRANO GOMEZ, EDUARDO, *El contrato de cambio...*, op. cit. pg 112

Pero también cabe configurarla, como simple garantía real a favor del cedente del solar, a modo semejante de la prenda de bienes muebles, o hipoteca en inmuebles. Así el dominio es realmente transmitido al comprador, en contra del significado literal de la expresión reserva de dominio, pero se trata de un dominio limitado por un derecho real de garantía que se establece a favor del cedente⁴²⁵. Esta modalidad es menos onerosa para el cesionario, y la va aproximando al juego de la transmisión inmediata de la propiedad sometida a la condición resolutoria de no cumplimiento por el cesionario.

Esta última opción es realmente una tercera modalidad, la concepción de la reserva de dominio como una condición resolutoria en caso de incumplimiento o falta de entrega.

El TS ha permitido configurar de diferentes maneras la cláusula de reserva de dominio. Atemperando las consecuencia, para buscar un equilibrio entre partes. La STS de 16 de julio de 1993, en caso de compraventa de un inmueble a plazos, admitió que el comprador estuviera legitimado para ejercitar la tercería de dominio solicitando que se levante sobre el bien comprado, y pendiente aun de pago de parte del precio, el embargo decretado a instancia de acreedores del vendedor. Así se matizó la configuración clásica de la reserva de dominio, protegiendo al cedente pero salvaguardando los intereses legítimos del cesionario.

Lo que no se ha permitido, es vulnerar la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato, el pacto comisorio, o un abuso de derecho.

No obstante no puede olvidarse que la reserva de dominio entraña la protección global y propia de un derecho de crédito, y por tanto lo que genera es una garantía. Si bien la práctica constante en el uso de la misma dentro del ámbito inmobiliario en general, y sin circunscribirla a la cesión de suelo a cambio de obra, donde no es excepción, demuestra que esta cláusula desarrolla una función recuperadora de los bienes vendidos. Esta función en los momentos de crecimiento económico, donde el incremento del valor

⁴²⁵Tesis ya defendida por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO, en la obra *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturales jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid 1971

de un inmueble es progresivo, permite satisfacer en mayor medida al acreedor, que con la entrega del precio aplazado. De ahí que desde una construcción clásica, con el ejercicio de la reserva de dominio, en los casos de conflicto entre las partes, el vendedor o cedente sólo pretende una cosa, la recuperación del bien transmitido.

VIII.- Seguro de caución y aval bancario

Cuando las posibilidades anteriores no se entienden adecuadas o las partes prefieren que sea un tercero el que asegure el cumplimiento de las obligaciones del cesionario, puede acudirse a un seguro de caución, en garantía de la entrega de los pisos o locales, este contrato previsto en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, puede ser muy práctico, para garantizar que se resarza al cedente de los daños que se le ocasione en caso de no llevar a cabo la construcción y posterior entrega el cesionario.

La STS de 26 de febrero de 2000⁴²⁶, se pronuncia sobre su supuesto de cesión de un solar a cambio de un local de 240 metros cuadrados que debía previamente construir el cesionario; si bien se hacen ambas transmisiones separadas en contratos privados, dando valor equivalente a las prestaciones. El cumplimiento de la obligación del cesionario se garantizó mediante un seguro de garantía y afianzamiento, que el TS calificó de auténtico seguro de caución ex. artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, por el que la entidad aseguradora se obligaba, en el caso, entre otros, de que el cesionario no entregara el local comercial a los asegurados, a la entrega de la cantidad de 18.275.000 euros. Clausula que se entendió aplicable a tenor de los hechos, dada la evidente falta de entrega del local.

También puede acudirse a una entidad financiera, para que otorgue un aval a primer requerimiento, de tal manera que en caso de incumplimiento por parte del cesionario, se podrá requerir a la entidad financiera avalista, el pago de la cantidad estipulada como fianza, a favor del cedente.

⁴²⁶STS de 26 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1020]

En este caso, la garantía funciona de manera independiente al contrato, de forma que bastará se notifique al banco la falta de cumplimiento del cesionario, para que se debe abonar la suma garantizada. Es una manera muy eficaz de proteger la situación tal debilitada del deudor.

Es de destacar la STS 19 de mayo de 1990⁴²⁷, al señalar que “...La diferencia entre el contrato de fianza y el contrato de seguro de caución, ya se considere éste como una figura autónoma al modo que lo hace el art. 68 de la Ley de Contrato de seguro, ya se considere como una modalidad de seguro de crédito, presenta ciertas dificultades nacidas de la idéntica función de garantía que cumplen ambos contratos, no obstante lo cual la mayoría de la doctrina, tanto civilista como mercantilista, se pronuncian por su neta separación; así mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador obliga a cumplir por el deudor principal, en caso de incumplimiento de este, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido, de donde se desprende que para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por el contratada es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo, se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras como el carácter accesorio de la fianza frente a la principal obligación del asegurador, se ponen de manifiesto en las deficiencias que de uno y otro contrato se dan en nuestros textos legales, así el artículo 1822 párrafo 1º del Código Civil dice que “por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo este”, mientras que el art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro define esta clase de seguro diciendo “por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato”

⁴²⁷STS de 19 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3741)

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 7 de abril de 1992⁴²⁸ “ *el motivo es desestimable porque en él se pretende la aplicación de una normativa (la de fianza) a un supuesto distinto, cual es el contrato de seguro de caución, que la tiene propia, y en ella lo que se concede al asegurador es una acción de reembolso frente al tomador, no una subrogación en los derechos del asegurado contra éste último (art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980).*

El aval a primer requerimiento permite que el cesionario obtenga de la entidad financiera el compromiso de emitir a favor de la otra parte una garantía pagadera a la primera solicitud del transmitente del solar, sin que sea posible oponer excepciones derivadas de la base ni tampoco de las que puedan surgir de la relación constituida entre el garante y el ordenante de la garantía. (STS 1 de abril de 2000, RJ 2969)

Destacan en el aval a primer requerimiento como notas características, la facilidad de la reclamación para el transmitente del solar. En segundo lugar la propia independencia o autonomía de la obligación de pago que se asume por el garante. En tercer lugar, la posibilidad de que la garantía exista con independencia del contrato base. Y en general que ésta modalidad de aseguramiento personal, de naturaleza atípica, asegura también al beneficiario frente a los riesgos no solo típicos, sino también atípicos como riesgos de impago, fuerza mayor, etc.

IX.- Cláusula penal

Otro modo de proteger la situación de cedente es precisamente mediante una cláusula penal, como garantía para el cedente en caso de incumplimiento del cesionario. La inclusión en el contrato cláusulas penales, que contemplen cantidades fijas a abonar por el cesionario al cedente en caso de retraso en el cumplimiento de las obligaciones del contrato, es bastante común en la práctica.

Así se ha llegado a admitir por la jurisprudencia que estas cláusulas son compatibles con el incumplimiento total, ya que la mora inicial podría desembocar en este

⁴²⁸STS de 7 de abril de 1992 (RJ 1992, 3031)

incumplimiento total, así debe señalarse la STS de 3 de octubre de 1985, y la de 19 de diciembre de 1986, (RJ 7683), que ya fue mencionada, “ *a pesar su otorgamiento, el retraso ha sido afirmado, subrayado y no desvirtuado, viniendo a ser tal retraso, precisamente, el evento configurado como el resorte, caso de producirse, que dispara la puesta en marcha de la indemnización convenida, si bien con la facultad de moderación que ha sido utilizada por el Tribunal de instancia por la previsión legal del artículo 1154 del Código Civil (...) ha de entenderse como entregada la cosa vendida cuando el traspaso de posesión real o instrumental por la ficción legal creada en la norma, tenga lugar de todos los elementos constitutivos de la cosa vendida, en la forma, condiciones, y aditamentos convenidos por las partes, porque de faltar alguno de ellos, es evidente que la entrega solo sería, en el mejor de los casos, solamente parcial.*”

Recuérdese, como ya fue señalado, que la posible moderación de la cláusula penal, al arbitrio del Tribunal, es no solo posible sino obligada salvo cuando las partes hubieran establecido expresamente su aplicación íntegra para el caso de incumplimiento o retraso de las obligaciones.

De igual modo, no podemos confundir esta cláusula con una obligación facultativa, y en este sentido se pronuncia la STS de 13 de marzo de 1990⁴²⁹ “*no resulta viable como “facultas solutionis” la consignación de la cantidad de 14.000.000 de pesetas que operaba como clausula penal para el supuesto de que la antedicha operación (la entrega del local) hubiere resultado imposible por cualquier causa, por ello no es de observancia el párrafo del precepto supuestamente infringido, toda vez que la hipotética reserva del derecho de pago de la pena para eximirse de cumplir la obligación dependía de manera inexcusable de que le débito no pudiese cumplirse.*”

Por este cauce ya encontrábamos la STS de 20 de junio de 1981⁴³⁰ al decir “*La existencia de la clausula penal en el contrato suscrito por las partes, por su carácter de accesoria, no faculta al deudor a liberarse del cumplimiento de la obligación haciendo*

⁴²⁹STS de 13 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1691)

⁴³⁰STS de 20 de junio de 1981 (RJ 1981, 2533)

efectiva aquella sin que se den las circunstancias normales para que dicha cláusula accesoria entre el juego. (...)

No podía liberarse de esa obligación con el pago de la cantidad fijada como pena, ya que carecía de facultad para eximirse de la prestación objeto de aquella, conforme establece el art. 1153 del CC., pues en el contrario no se le reservó expresamente este derecho, y por ello el demandado recurrido carecía de facultad de elegir entre cumplir la obligación o satisfacer la pena, de todo lo cual deriva la infracción por la Sala sentenciadora de los preceptos legales, que como vulnerados se alegan en este motivo, el cual por ello ha de ser recogido, ya que al decidir en la forma que lo hace la sentencia recurrida, ha infringido la ley de contrato y ha dejado al simple arbitrio del deudor la valide y cumplimiento de lo en él estipulado.

En todo caso, y como ya se vio la cláusula penal puede tener diversas funciones, y no podemos restringirla a la liquidatoria, que evidentemente es la mas común, llamada también pena convencional. Recuérdese que cabe atribuir a la cláusula penal el carácter de cumulativa, permitiendo al cedente la reclamación de la misma pena junto al cumplimiento forzoso o la indemnización de perjuicios. Cabe pactarla con carácter sustitutivo, en cuyo caso la pena estipulada sustituirá a la indemnización de los daños y perjuicios. Y por último pese a que no puede tener este carácter sin previo pacto, es posible que las partes acuerden atribuirle un carácter facultativo, permitiendo al cesionario eximirse de la obligación principal pagando la pena.

X.- La servidumbre sobre el edificio a construir

Por ultimo, no podíamos dejar de referirnos a un supuesto del que ya hemos tratado con anterioridad pero sin profundizar en su objetivo como garantía para el cedente.

Es evidente que no existe en el Código civil, ni en la Ley de Propiedad Horizontal referencia directa a la posibilidad de que puedan establecerse servidumbres a favor de un

edificio futuro. Pero como señala BONET CORREA⁴³¹ puede deducirse del artículo 9 de la LPH, que dentro de las obligaciones de cada propietario esta la de consentir las servidumbres, al decir: “*Son obligaciones de cada propietario: c) (...) y permitir en el las servidumbre imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes, llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley...*”. Por otro lado el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, tantas veces señalado, destaca que *se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: (...) 4º Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción este concluida, o por menos comenzada (...) En la Inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados.*

En consecuencia, la LH prevé dos situaciones diferentes, inscribir el solar destinado a una edificación propiedad horizontal (futura), o inscribir el edificio en régimen de propiedad por pisos, cuya construcción este concluida o al menos comenzada.

Por tanto parece en sí mismo posible constituir servidumbre en el edificio a construir por el cesionario a favor del cedente.

Ello nos enfrenta a la duda sobre si cabe también establecer la servidumbre sobre cosa propia. Nuestro Código civil permite que el propietario pueda establecer en sus fincas signos aparentes de servidumbres, es decir los supuestos que considera la Ley de Propiedad Horizontal a través de los cuales el propietario o copropietarios establecen en el edificio futuro o ya construido una serie de servicios de dependencia o interconexión que han de resultar a la postre cumplidas las condiciones formales, exigencias y deberes de cada una de las partes individualizadas, han usado de esta facultad del artículo 541 del C.c., y se trata de verdaderos supuestos de servidumbres.

Por tanto, debemos admitir que sí cabe establecer esta servidumbre al favor del cedente siempre que fuere el único titular, o todos los titulares en su caso, quienes la constituyan.

⁴³¹BONET CORREA, JOSE, “La servidumbre a favor de edificio futuro, y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir, *RDN*, Madrid, 1961

CAPÍTULO IV. INCUMPLIMIENTO Y EFECTOS

I. Introducción

El cumplimiento normal de las obligaciones de las partes, y siempre que la delimitación tanto del solar y caracteres, como de los pisos o locales a entregar fuera exacta, llevará en la mayoría de los casos a desarrollar la plena eficacia de esta modalidad contractual. Sin embargo merece un estudio especial las posibles contrariedades que pueden presentarse, y como la doctrina y jurisprudencia van dando respuesta a la casuística. Es precisamente en los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso donde encontramos mayor número de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, siendo en el caso de esta figura, prácticamente carente de regulación, de especial importancia

Debe tenerse presente la distinción entre los casos de incumplimiento total o definitivo, ya sea éste imputable al cedente del solar, o al cesionario, y aquellos otros supuestos de incumplimiento parcial.

Se analizarán a continuación algunos supuestos, que son los mas frecuentes en la práctica, pero a modo genérico debe indicarse que existen dos vías para optar en caso de incumplimiento, por un lado las acciones por vicios (cuando concurra éste), y por otro, la resolución del contrato, para el caso de incumplimiento absoluto, ello con independencia de la acción de nulidad por vicio de consentimiento, especialmente significativa en caso de error.

Podemos encontrar un régimen jurídico del incumplimiento contractual, que es el regulado en los artículos 1101 y concordantes del Código Civil, así como de la resolución regulada en el artículo 1124 C.c.. Pero no existe una regulación propia del cumplimiento defectuoso. Por ende es conveniente en tales casos separar la aplicabilidad del régimen general de incumplimiento, la responsabilidad por vicios de la construcción, la del saneamiento por vicios ocultos, y la acción de nulidad por vicios, como error o dolo.

En caso de vicio o defecto en la obra, objeto pues del contrato, será de aplicación las normas del saneamiento por vicios, reguladas para el contrato de compraventa pero aplicables a la permuta por la remisión del 1541, como ya hemos señalado. Siguiendo a PANTALEON PRIETO⁴³² también cabría acudir a la resolución contractual, ya que esta exige que la entidad y naturaleza del incumplimiento sea tal que no pueda exigirse, conforme a las exigencias de la buena fe, que la parte que puede y esta dispuesta a cumplir, se mantenga vinculada por el contrato; siendo que tanto la opción de exigir el cumplimiento como la resolución son incompatibles entre sí, pero compatibles con la responsabilidad contractual.

El TS, en la conocida sentencia de 10 de junio de 1983⁴³³, recogiendo lo que ya venía siendo posicionamiento del mas alto Tribunal establece la doctrina del *aliud pro alio*, tratando de aplicar las consecuencias propias del incumplimiento definitivo de la obligación, a aquellos supuestos en que el objeto si bien no ha devenido imposible, es carente de los caracteres propios del bien, es pues distinto a lo pactado, resulta inhábil para el uso a que va destinado. En consecuencia como señala también PANTALEON, y pone de relieve CLEMENTE MEORO⁴³⁴, nos encontraremos en tal supuesto con que el acreedor puede optar por el ejercicio de las acciones edilicias, con la consiguiente sujeción a breve plazo para su ejercicio, o por acudir a la resolución, siempre que el objeto entregado no responda a las características pactadas en absoluto. En este segundo caso, como veremos con posterioridad encontraremos un problema real de análisis del incumplimiento para determinar si éste es suficientemente grave para entender que no se entiende cumplida así la obligación.

Consecuentemente podrá instarse la resolución del contrato tanto en los casos de incumplimiento total, como la falta de entrega o de realización de la obra, como en los

⁴³²PANTALEON PRIETO, FERNANDO, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en *ADC*, 1989, 1043-1168

⁴³³STS de 10 de junio de 1983 (RJ 1983, 3454)

⁴³⁴CLEMENTE MEORO, MARIO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia 1998, pg. 306

que la gravedad del cumplimiento defectuoso lo justifique. Las normas aplicables a la resolución serán el artículo 1124 C.c., y por remisión del artículo 1541, también el 1504 del Código Civil. Si bien la aplicación de éste último no está exenta de disputa en la doctrina, y en todo caso debe limitarse a los supuestos de cesión a cambio de obra configurados como contrato de permuta, ya que en los demás casos se aplicará la regla general del artículo 1124.⁴³⁵ Esta cuestión es completamente distinta si entre las partes se ha pactado e incluido una condición resolutoria expresa como ya hemos tenido ocasión de estudiar.

En todo caso ya estemos ante la resolución derivada del artículo 1124, o la que devendría de la condición resolutoria expresa ex. artículo 1504, se plantea el problema de cómo llevar a la práctica esta resolución. Desde luego se debe proceder a la restitución recíproca de lo entregado, y el problema que ya de inicio se plantea, como ya señalábamos es que ocurrirá con las construcciones iniciadas y no terminadas, donde habrá que acudir a las normas que rigen la accesión. Será pues de aplicación el artículo 361 del C.c., pudiendo el dueño del terreno hacer suya la obra previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, u obligar al constructor a pagar el precio del terreno. En todo caso se parte del presupuesto de que el valor mayor lo tiene el terreno, pero puede desde luego ocurrir que sea la edificación la que tenga económicamente mayor valor, para lo que MERINO HERNANDEZ⁴³⁶ estima que debe reconsiderarse los criterios de la accesión y flexibilizarse.

En todo caso, lo cierto es que las consecuencias variarán también en función de la naturaleza del incumplimiento y por ello, pasamos a continuación a analizar los supuestos más comunes de incumplimiento y de cumplimiento defectuoso así como sus efectos.

II.- Retraso en la entrega del solar.

⁴³⁵Así encontramos sentencias que recogen ambas posturas, la STS de 22 de noviembre de 1994, que entiende aplicable el artículo 1504 para el supuesto de incumplimiento de la prestación en el contrato de cesión de suelo a cambio de obra, y por el contrario la STS de 31 de julio de 1995, no entiende aplicable por ser incompatible con la naturaleza de la permuta este artículo, y como ningún otro relativo al precio, y acude al artículo 1124

⁴³⁶MERINO HERNANDEZ, op. cit “ El contrato de permuta”, pg 376

Como ya dijimos la obligación esencial del cedente, consiste en la entrega del solar, pero cabe que junto a la entrega se haga necesario el cumplimiento de obligaciones previas o coetáneas, como cancelación de cargas, desalojo de inquilinos, o abandono del uso por el propio cedente.

A ello añadir que el solar además debe reunir al tiempo, las características de edificabilidad pactadas, lo que también puede llevar a un retraso, si esto no acaece en tiempo.

Al encontrarnos ante un negocio con una pluralidad de sujetos, salvo que se pacte otra cosa, para que se incurra en mora, será necesaria la intimación recogida en el artículo 1100 del C.c., que implica la previa reclamación judicial o extrajudicial. Así mismo como requisitos de la mora se necesario: que la obligación sea exigible, se formule en sentido positivo, es decir consista en hacer o hacer, y que el posterior cumplimiento sea posible objetivamente.

Encontramos casos de retraso en la entrega del inmueble por parte del cedente que implican un verdadero incumplimiento, y por tanto tiene efecto resolutorio y otros que no lo son, pero incluso cuando el retraso no impida el cumplimiento tardío, desde que se produce cualquiera de las situaciones iniciadoras preceptivamente de la mora recogidas en el artículo 1100, el deudor se encontrará en retardo y dará derecho a la correspondiente indemnización. En estos supuestos el retraso no es resolutorio, dado que la prestación es todavía posible e idónea para poder satisfacer el interés del cesionario. Sin embargo cuando aquel cumplimiento deviene ya imposible, o inidónea (si el termino hubiera sido esencial en el contrato), la mora lleva aparejada resolución contractual.

En cualquiera de estos casos, volveremos a aplicar la doctrina del artículo 1124 C.c. y por tanto el cesionario podrá optar por el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo. A estos efectos, se plantea la doctrina si los efectos de la resolución se producen con carácter retroactivo a lo que se han dedicado extensas líneas, concluyendo que una vez resuelto el derecho, tratándose de acto dispositivo, quedan igualmente resueltos los

derechos que sobre el mismo se hubiere podido constituir.⁴³⁷ Así para DIEZ PICAZO⁴³⁸ la retroactividad de los efectos de la resolución puede aplicarse cuando se trate de relaciones obligacionales de cambio con efectos instantáneos, pero no a relaciones duraderas, total o parcialmente consumadas, como son el arrendamiento, o suministro, en las que a resolución produce la extinción del vínculo obligatorio con efectos puramente ex nunc, imponiendo en consecuencia a las partes deberes de liquidación de la situación creada.

La STS de 28 de septiembre de 1996⁴³⁹ señala: *“Adquirido el terreno objeto de la compraventa con la finalidad de la construcción o edificación inmediata en el mismo de una nave industrial, y habiendo resultado la imposibilidad de alcanzar ese fin propuesto por no reunir el inmueble la condición urbanística de solar que el vendedor le había dado..., es correcta la apreciación por la Sala “a quo” de la existencia de un error vicio invalidante del consentimiento prestado por los recurridos al recaer sobre las condiciones esenciales de la cosa vendida, como es la de su calificación urbanística determinante de su aprovechamiento en uno u otro sentido. (...) Al establecer el art. 1300 las consecuencias de la nulidad declarada de la obligación no establece distinción entre nulidad absoluta o relativa y como dice la Sentencia de 22 de setiembre de 1989, sin que tampoco haya duda alguna en cuanto que el negocio jurídico inexistente o nulo con nulidad absoluta, si bien no produce efecto alguno como tal, no obstante, cuando a pesar de su ineficacia absoluta, hubiera sido ejecutado en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1303, y 1307, preceptos que deben ser extensivos también a los negocios jurídicos inexistentes o radicalmente nulos.”*

III.- Retraso en la entrega de los pisos o locales por el cesionario

⁴³⁷LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS: *Elementos de Derecho Civil II* volumen 1º, 1990, pg 275

⁴³⁸DIEZ PICAZO, LUIS: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, 1995, pg 733

⁴³⁹STS de 28 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6820)

También será aplicable al cumplimiento de la obligación esencial del cesionario, el artículo 1.100 del C.c., siendo necesaria la falta de entrega en el tiempo, y la intimación judicial o extrajudicial del cedente, para que se entienda incurre en mora en el cumplimiento de su obligación el cesionario.

Como ya apuntábamos anteriormente, para que se entienda aplicable el artículo 1124 C.c., en materia de resolución de los contratos, se requiere que nos encontremos ante un verdadero y propio incumplimiento, que no es equivalente al retraso.

Por tanto habrá retrasos que sí pueden calificarse de “resolutorios” y otros que no, siempre y cuando la entrega de la cosa o cumplimiento de la prestación sea todavía posible o mejor dicho idónea para satisfacer el interés del acreedor. De tal modo que si la prestación no cumplida deviene imposible o inidónea, como señala ZURITA MARTÍN⁴⁴⁰, el retraso llevará aparejada la resolución contractual; caso típico de las obligaciones con término esencial. Un mero retraso en la entrega, que no ha causado frustración del contrato, como señaló el TS en la sentencia de 21 de octubre de 1999, no implica incumplimiento contractual.

En todo caso el tiempo para el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda no puede ser indefinido ni quedar al arbitrio de una de las partes, en estos supuestos su señalamiento correspondería a los Tribunales como recuerda la STS de 8 de noviembre de 1986⁴⁴¹

Para que puedan aplicarse los efectos resolutorios no debe olvidarse la necesidad de intimación al deudor, salvo pacto en contrario, o renuncia tacita del acreedor.

También destacamos la STS de 8 de abril 1999⁴⁴²: En dicho proceso, en su grado de apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó

⁴⁴⁰ZURITA MARTÍN, ISABEL, *El contrato de aportación...* op. cit. pg 53

⁴⁴¹ STS de 8 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6264)

⁴⁴²STS. De 8 de abril de 1999, (Tirant on line TOL1.449)

sentencia por la que, revocando la de primera instancia y estimando la demanda, condena a la demandada a que abone a la actora, la cantidad de 36.000.000 pts. más los intereses legales, desde la reclamación judicial en acto de conciliación, que se estipula en la cláusula 4ª del contrato de 4 de Mayo de 1990. En el caso objeto de análisis, originado por un retraso en la entrega de la obra, debido, a decir de la parte demandada a causa que no le era imputable, la sentencia recurrida señalaba, *que la no concesión de las licencias administrativas por parte del Ayuntamiento de Sangenjo, es a lo que atribuirse (sic) el demandado el incumplimiento, falta de licencia que dimana precisamente, por ser la pretendida, como se deduce de los documentos aportados por el demandado, correspondiente a mayor extensión superficial, de lo acordado en el contrato celebrado entre las partes, que por otro lado, no hace mención alguna a la concesión de las licencias que ahora se alegan, para justificar la existencia de una voluntad no rebelde al cumplimiento, con base en que el construir solamente lo que el contrato entre partes consigna, resultaría económicamente perjudicial para la constructora demandada (Fundamento jurídico primero de la sentencia aquí recurrida).* De ahí la sentencia terminaba concluyendo que *acreditado, el incumplimiento por parte de la entidad demandada, que pretende construir, en una extensión superficial mayor de la establecida en el contrato entre partes, alegando como base de su cumplimiento la falta de licencia, para un todo superior, al objeto del contrato, y ciñéndose, a lo acordado por las partes, es evidente que tal incumplimiento, se realiza de forma unilateral, por la constructora, que no ha cumplido lo establecido con el consiguiente perjuicio para la parte actora, por lo que es evidente, que de acuerdo con el criterio jurisprudencial, interpretativo del precepto que sirve de base, a la presente reclamación (S. de 8 de Julio de 1952), para que esta acción prospere ha de justificarse, que el incumplimiento de las obligaciones por el deudor se debe, como en el presente caso, a causas imputables al mismo, al no referenciar en el contrato, la ampliación de la obra, ni el condicionamiento de la misma, a la licencia municipal, siendo necesario igualmente, para que procede (sic), y tenga viabilidad la acción ejercitada, como en este caso, que se trate de un verdadero y propio incumplimiento, por uno de los contratantes, no bastando el simple retardo (S. 11 de Marzo de 1959).*

Sin embargo la Sala no compartía este pronunciamiento y estima el recurso por las siguientes razones, en las que se recoge la doctrina del retraso:

“En sede de doctrina general, la posibilidad de resolución contractual, que arbitra el artículo 1124 del Código Civil, requiere, para su efectividad, la existencia de una voluntad claramente obstativa al cumplimiento del contrato por la parte denunciada como incumplidora, que frustre la finalidad perseguida con el mismo, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues aparece probado que la entidad mercantil demandada, aquí recurrente, siempre ha tenido intención de dar cumplimiento al contrato litigioso, lo que no ha podido realizar dentro del plazo estipulado en el mismo, como seguidamente volveremos a decir, por causas totalmente ajenas a su voluntad, cuales son la prolongada tardanza en serle concedida la preceptiva licencia municipal de obras, lo que ha determinado un considerable retraso en la posibilidad de dar cumplimiento al repetido contrato, cuyo retraso no es, por sí sólo, causa determinante de resolución.-

Con este razonamiento se casó la sentencia⁴⁴³, y partiendo de que la licencia municipal de obras fue concedida con fecha 26 de Marzo de 1993, señaló a la entidad mercantil demandada un plazo de doce meses, a contar desde la fecha antes citada, para proceder a la entrega a la actora de los dos pisos y una plaza de garaje, conforme a lo estipulado en la escritura pública de 4 de Mayo de 1990, y para el caso de incumplimiento de ello dentro del expresado plazo, condenó a la entidad mercantil demandada a abonar a la actora la cantidad de treinta y seis millones de pesetas o, ante su imposibilidad, la entrega de las fincas permutadas; y a su vez, también condenó a la entidad mercantil demandada al pago a la actora del interés legal de la antes dicha cantidad desde la fecha

⁴⁴³ *En la estipulación cuarta de la escritura pública de fecha 4 de Mayo de 1990 (que ha sido transcrita literalmente -dicha cláusula- en el Fundamento jurídico primero de esta resolución) se condiciona expresamente el posible ejercicio por la contratante D^a E.B.V. de la opción que en dicha cláusula se contempla (resolución del contrato ó percibir la cantidad de treinta y seis millones de pesetas) a que la entidad mercantil AAAAAAAA, S.A. no llegara a realizar la obra dentro del plazo estipulado por causas a ella imputables, condición que no aparece cumplida en el presente supuesto litigioso, pues la imposibilidad de dar cumplimiento al contrato, dentro del plazo estipulado en el mismo, no fue debida, como ya anteriormente se ha dicho, a causas imputables a la entidad mercantil demandada, aquí recurrente, sino a la tardanza (impuesta por la dilatada y compleja tramitación del oportuno expediente administrativo-urbanístico) con que le ha sido concedida la preceptiva e imprescindible licencia municipal de obras.*

de 4 de Noviembre de 1991 hasta la completa entrega de su contraprestación (tanto sean los pisos y la plaza de garaje, como, por incumplimiento, la cantidad de 36.000.000 o subsidiariamente la devolución de las fincas).

Así concluye *“Esta Sala, teniendo en cuenta las muy especiales circunstancias concurrentes en el caso debatido, debidas al considerable retraso que, sin causa imputable a la entidad mercantil demandada, le fue concedida la licencia municipal de obras por el Ayuntamiento de Sangenjo, considera que existen causas justificadas para conceder o señalar nuevo plazo a la demandada para el cumplimiento de su obligación de entrega a la actora de los dos pisos-vivienda y una plaza de garaje (en los términos estipulados en la cláusula segunda de la escritura pública de fecha 4 de Mayo de 1990), más como, teniendo en cuenta que la edificación ya ha de estar terminada, pues la licencia de obras le fue concedida con fecha 26 de Marzo de 1993, el plazo para dicho cumplimiento debe ser el de cuarenta y cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia; si transcurrido dicho plazo no efectuase la referida entrega, la entidad demandada deberá abonar a la actora la cantidad de treinta y seis millones (36.000.000) de pesetas; tanto en uno, como en otro caso, la entidad demandada deberá abonar a la actora el interés legal de dicha cantidad (36.000.000 de pesetas), a contar desde el 28 de Noviembre de 1991 (fecha de celebración del acto de conciliación) hasta que quede totalmente ejecutada esta sentencia.”*

En este mismo sentido se pronuncia GARCIA GARCIA⁴⁴⁴, al señalar que la simple demora no es *per se* un retraso resolutorio, (STS 21 de octubre de 1999; 13 de diciembre de 2002). Pero caso muy diferente es aquel, en el que la obtención de la correspondiente licencia de obras en un plazo determinado, se establezca como condición resolutoria ex artículo 1.114 del C.c., pues ya no se trata de un incumplimiento de la obligación, sino de la condición resolutoria impuesta explícitamente. Así se señala la S.T.S. 19 de julio de 2002.

En relación al retraso, la ley catalana 23/2001 se refiere al mismo y establece junto

⁴⁴⁴Vid. GARCIA GARCIA, JOSE MANUEL: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Navarra, 2009

a la resolución por incumplimiento esencial o por cláusula resolutoria expresa, una resolución de tipo cautelar si los términos de la licencia no coinciden con lo pactado, así como si no se inician las obras en el plazo contractualmente señalado. Además, en todos los casos de resolución contractual recogidos en la Ley catalana 23/2001, se prevé expresamente en el artículo 8 que el cedente recuperará la propiedad de lo que había cedido y hará suya, por accesión, la obra realizada, con la obligación a su cargo de resarcir por ello al cesionario. E igualmente a su elección, el cedente puede exigir al cesionario el derribo de la obra a cargo del cesionario, si el coste requerido para la finalización o adaptación de las obras ejecutadas a las efectivamente pactadas, fuera superior a la mitad del coste de la construcción prevista.

Por lo que respecta a la indemnización a percibir por el cedente, especialmente cuando ya no es posible la resolución del contrato, por encontrarse el solar en manos de un tercero protegido, debemos mencionar la reciente STS de 16 de marzo de 2015⁴⁴⁵. En

⁴⁴⁵STS de 16 de marzo de 2015 (Tirant on line TOL 4.893.673). Inicialmente la Sentencia de Instancia entiende que la demandada cumplió el *contrato* desde el momento en que los actores ejecutaron el aval apartándose así de la secuencia real de los acontecimientos. Sin embargo la ejecución del aval es claramente posterior a la hipoteca del solar, hecho que fue el que consumó el incumplimiento de la constructora haciéndolo irreversible.

El cobro del aval se reclamó al expirar su vigencia para no quedarse sin garantías. Ello cuando el solar ya había sido hipotecado

“No se puede reprochar a la apelante que abdicase de la restitución o el cumplimiento cuando ambas opciones han sido impedidas por la conducta previa de la reciproca. El aval no fue ejecutado por preferencia de los apelantes, sino que R. Urbis les impuso “de facto” ese resarcimiento parcial al hacer inviables el cumplimiento y la restitución.

La hipoteca de 10 de mayo de 2010 era contraria a la estipulación 7e) del *contrato* celebrado entre Urbis y los actores pues este prohibía hipotecar el solar con finalidades que no estuviesen específicamente encaminadas a financiar su construcción, por ende el comportamiento doloso de R. Urbis determina la aplicación del artículo 1102 y 1107 del Código Civil y de la reiterada doctrina jurisprudencial que los desarrolla.

Doctrina jurisprudencial sobre contratos de permuta de solar (artículo 1101 del Código Civil): Hay otra razón que hace inaplicable la clausula contractual supuestamente limitativa de responsabilidad: el incumplimiento previo y definitivo del constructor que frustra el fin del contrato. En este caso las penalizaciones y garantías no son limite de la indemnización, debiendo indemnizarse al acreedor el pleno valor real de las cosas. De otro modo se estaría atribuyendo al constructor la prerrogativa de subvertir la naturaleza del contrato convirtiendo lo pactado como permuta en una simple compraventa. No puede el deudor convertir unilateralmente en precio, lo que en el contrato se pacto solo como garantía, pues seria como dejar a su arbitrio el cumplimiento alterando la causa negocial.

Además es incorrecta la interpretación del contrato: la percepción de subjetiva claridad a que alude la

Sentencia no excusa de exponer razonamiento objetivo al juzgador, máxime cuando este a renglón seguido, se contradice reconociendo que tal interpretación si suscita dudas. La cláusula séptima objeto de interpretación no dice que los 90.000 euros del aval equivalgan a la obligación avalada, sino que es el Juzgador quien infiere esta conclusión porque confunde la obligación del avalista con la del deudor principal, ignorando que el avalista puede obligarse a menos que el deudor. La equivalencia entre el aval y la obligación principal exigiría pacto claro e inequívoco. Por otra parte, la ejecución del aval libera al constructor de la restitución o entrega in natura (inciso 2º de la referida clausula) pero no de su equivalente pecuniario (inciso 3º) pues se reserva el perjudicado el derecho a probar la insuficiencia del aval para resarcirle de la defraudación que sufra. Además del aval el acreedor puede reclamar adicionalmente los perjuicios que el incumplimiento del comprador le irrogase, y no son otros distintos perjuicios a los cubiertos por el aval, como pretende la Sentencia recurrida, vaciando de contenido y función la referida clausula. [...]

*Mejor suerte han de correr el **primero y segundo** de los motivos invocados, pues como acertadamente señala la apelante, la cuestión que es objeto de controversia en la presente litis ya ha sido abordada y resuelta por esta Sala en la Sentencia 229/2013 de 20 de mayo en la que respecto de la cuestión del incumplimiento en que ha incurrido la demandada nos pronunciábamos en el siguiente sentido:"... Aplicando las anteriores consideraciones al supuesto que estamos examinando se concluye al igual que el juzgador de instancia en que ha habido por parte de la demandada Royal Urbis SA un incumplimiento del con efectos resolutorios pues ha quedado acreditado que fue la demandada la que incumplió los plazos estipulados en los contratos y que tenían que abocar a la construcción y entrega de las viviendas a los demandantes y este incumplimiento solo fue imputable a la conducta de la demandada a saber ha quedado acreditado que solicitada la licencia de obras ,el Ayuntamiento le pidió la cesión de suelo dotacional y ante los requerimientos del Ayuntamiento para que cumplimentara la cesión de viales nada solicito ni puso objeción alguna simplemente el 30 de octubre de 2007 desiste expresamente de la tramitación del Programa de Actuación Aislada y nada hace posteriormente a efectos de regularizar la situación lo que conlleva a que el 25 de febrero de 2010 se denegara la licencia de obras. El segundo incumplimiento que ha quedado acreditado y que es imputable únicamente a la parte demandada es que tenia que resolver a su favor el condominio de forma que fue propietaria del 100%, pues bien adquirido el 99'566% del dominio, respecto del porcentaje restante insto demanda de división de cosa común obteniendo a su favor sentencia firme desde el 30 de diciembre de 2008 estando únicamente de que la propia parte demandada inste la ejecución de dicha sentencia para adquirir la cuota que le restaba y convertirse en propietaria del 100% del solar , pues bien tampoco hizo nada al respecto . Por ultimo el los correspondientes contratos se permitía la hipoteca pero para el fin de la construcción de las viviendas, sin embargo la demandada después de denegada la licencia de obras y en concreto el 10 de mayo de 2010 constituye 5 hipotecas sobre las cuotas de propiedad adquiridas a los demandantes para responder de deudas de la compañía ante más de 30 entidades financieras y dicho crédito garantizado con las hipotecas se enmarca en una operación de refinanciación de Royal Urbis SA valorada en miles de millones de euros . Pues bien ese incumplimientos deviene por que se constituye hipoteca para responder de deudas ajenas a la construcción lo que estaba prohibido por el contrato y además imposibilita la restitución del bien en las mismas condiciones que se recibió habida cuenta la existencia de cargas" .*

De ello se infiere, y concluye el TS que como propugna la recurrente, acreditado el incumplimiento por parte de Royal Urbis de las obligaciones adquiridas a la firma de los *contratos* litigiosos, es indiscutible que procederá de entrada la estimación parcial de la demanda en lo concerniente a las siguientes pretensiones:

Que se declare el incumplimiento de Royal Urbis S.A. respecto de los contratos de compraventa celebrados con los demandantes relativos al inmueble CALLE000 numero NUM000 y CALLE001 numero NUM001 de Valencia, instrumentalizados en escrituras publicas autorizadas por el notario de Valencia D. Carlos Pascual de Miguel y aportados junto con la demanda respecto de las fincas que en el cuerpo de la misma se identifican y conforme a los alegados capítulos de la demanda.

Que se declaren resueltos dichos contratos de compraventa por el incumplimiento referido en el ordinal anterior.

El **quinto** y último de los motivos anteriormente expuestos, ha de verse irremediamente abocado al

fracaso, por cuanto la Sala, en la referida Sentencia de 20 de mayo de 2013 ya se pronunció en lo atinente a la interpretación de la cláusula séptima de los contratos de referencia, que constituye el núcleo de este debate en el siguiente sentido:

"...Llegados a este punto la parte demandada alega error en valoración de la prueba y en concreto errónea interpretación de lo convenido en el pacto 7m de los contratos. Así la parte apelante entiende que el valor de la vivienda es el importe del aval en cuantía de 90.000 euros para el caso de incumplimiento de la obligación de entrega, es decir la función del aval era sustitutoria de la obligación de entrega de la vivienda y cuando se habla de daños y perjuicios se refieren a retrasos en la entrega etc., pero ni se han solicitado ni se han acreditado. Examinadas las actuaciones se comparte por la Sala la interpretación que hace la parte apelante respecto de la estipulación relativa al aval. Así pues el nudo gordiano del litigio, lo constituye la interpretación de la cláusula 7m del contrato en el sentido de que si el importe del aval es el máximo garantizado en caso de incumplimiento de la obligación de entrega como sostiene la demandada o bien es dicho importe solo cubría lo que era la construcción de la vivienda, es decir los costes de construcción como señala los demandantes, lo cual nos obliga a hacer uso de las reglas hermenéuticas que para los contratos en general establecen los artículos 1281 y siguientes del Código civil . Reza el primero de dichos preceptos (artículo 1281): "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas". Por su parte el artículo 1282 establece: "Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato". Si ponemos en relación ambas disposiciones llegamos a la conclusión que los dos párrafos del artículo 1281 están previstos para supuestos distintos y el artículo 1282 es supletorio del párrafo segundo de aquel. Es decir el primer criterio hermenéutico a utilizar es el literal y solo cabe la investigación de la voluntad de las partes si parecen contrarias a la misma las palabras expresadas, no siendo admisible tergiversar lo que aparece claro en el contrato y así, tiene dicho con reiteración el Tribunal Supremo que las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289 del código civil constituyen un conjunto complementario y subordinado de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subordinadas respecto de la que preconiza la interpretación literal. Pues bien, aplicando tal doctrina y el principio general del derecho que sirve de base al art. 1281.1 contenido en el viejo aforismo latino "in claris non fit interpretatio", este Tribunal llega a la conclusión de que, el tenor de la cláusula 7m es claro y no deja dudas que obliguen a la interpretación. Establece la citada cláusula " En garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por Inmobiliaria Urbis SA, para con la parte vendedora por razón de la construcción y entrega de la vivienda convenida y de los perjuicios que irrogaría a esta en caso de incumplimiento, Inmobiliaria Urbis SA ha obtenido un aval constituido por la entidad Caja de Ahorros de Salamanca y Soria por importe máximo de 90.000 euros ""En caso de ejecución total o parcial de dicho aval por el vendedor, el comprador quedara liberado de la obligación de entregar la vivienda, sin que el vendedor pueda reclamarle esta ni la devolución de la propiedad que le transmite mediante esta compraventa. No obstante el vendedor se reserva la acción para reclamar indemnización por los perjuicios que el incumplimiento del comprador le irrogase en el caso y en la medida que las cantidades percibidas mediante ejecución de dicho aval resultasen insuficientes para resarcirlos por completo". Según la citada cláusula el importe del aval garantiza el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Reyal Urbis y que comprende la construcción, entrega de la vivienda y los daños y perjuicios por el incumplimiento de estas obligaciones, es decir los 90.000 euros garantizados por el aval comprenden el incumplimiento de construcción, entrega de la vivienda e indemnización de perjuicios que se causaran por el incumplimiento de la no entrega de la vivienda y en cuanto al segundo párrafo en cuanto se reserva acción al vendedor para reclamar indemnizaciónentiende la Sala que ello viene referido a conceptos diferentes a los constituidos por el incumplimiento propiamente dicho, indemnización que respecto a los demandante ha quedado limitada al incumplimiento de no entrega de la vivienda sin que se hayan solicitado ni acreditado otros perjuicios. Los demandantes no están solicitando la resolución de los contratos y la ejecución del aval entendiendo la parte apelante que resulta incongruente, sino que los demandantes instan la resolución y como consecuencia del incumplimiento la responsabilidad que garantiza el aval en caso de incumplimiento. En conclusión acreditado el incumplimiento de Reyal Urbis SA respecto de las obligaciones contraídas con

dicho caso tras el retraso injustificado del cesionario, incumpliendo otras muchas obligaciones como la falta de solicitud de licencia de obras, y lo que es mas grave, procediendo la constructora cesionaria a constituir varias hipotecas sobre el solar, no en garantía de la construcción de la obra sino, para la propia financiación de la entidad. El cedente, que tenía a su favor un aval bancario, tras promover la resolución y ver la imposibilidad de restauración de las cosas a su modo originario, ejecuta el aval. Se plantea en el recurso, si se ha producido un previo incumplimiento del cesionario, y si con las cantidades percibidas por el cedente, al ejecutar el aval, se debía entender indemnizado, en todos los conceptos. Sin embargo el TS declara que sí ha habido incumplimiento del cesionario, que procede la resolución del contrato, y que con las cantidades recibidas al ejecutar el aval no debe entenderse indemnizado por todos los conceptos el cedente.

IV.- Falta de entrega.

1.- La entrega del solar o parcela.

La entrega por parte del cedente de la finca, debe producirse con todos sus caracteres, es decir no habrá entrega si no coincide con lo pactado, bien por no tener las condiciones de edificabilidad señaladas, no tener licencia o incluso tener un gravamen. Es este ultimo caso la STS de 24 de octubre 1996⁴⁴⁶, que ya hemos comentado con anterioridad señala: *“El tratar de justificar frente al comprador la ocultación del gravamen que pesaba sobre la finca, en función de que tenia la esperanza de que la carga podía ser menor, no influye en ningún caso en la decisión final de una acción de*

los demandantes procede con estimación parcial del recurso de apelación revocar en parte la sentencia de instancia y fijar que la cuantía por la que debe responder Reyal Urbis SA por dicho incumplimiento y respecto de cada vivienda en la cantidad de 90.000 euros ". Pues bien, tal como quedo expuesto en la Sentencia de referencia, se comparte plenamente por la Sala en este punto el criterio de la Juzgadora de Instancia, en el sentido de que los 90.000 euros del aval -ya percibidos por los demandantes- equivalen al cumplimiento de la obligación avalada, y que los perjuicios que el incumplimiento pudiera irrogar al comprador a los que se refiere el contrato, son otros distintos a los cubiertos por el aval, y no habiendo sido estos objeto de reclamación en esta litis, procede en virtud de cuanto se ha expuesto la estimación parcial del recurso.

⁴⁴⁶STS de 24 de octubre de 1996 (RJ 1996, 2420)

incumplimiento contractual que tiene como base principal la existencia de unos impuestos impagados, que pesan sobre una finca y reclamar a la Administración el exceso del impuesto, si es que realmente existía.”

Por otro lado y en la misma línea encontramos la STS de 13 de octubre de 1997⁴⁴⁷ *“En el actual supuesto los compradores no dejaron de abonar de forma caprichosa o por haber adoptado conducta contractual maliciosa, el precio adeudado, sino que lo suspendieron, conforme hicieron constar en el requerimiento notarial practicado en fecha 21 de febrero de 1990, ante la concurrencia de una acreditada circunstancia externa, ajena a su voluntad impuesta, lo que conforma hecho probado firme al tener noticia y haber comprobado con posterioridad a la celebración del contrato, de que la finca que habían adquirido como de naturaleza rustica, estaba afectada por le Plan General Municipal de Ordenación, que preveía la apertura de una calle en el fundo, dividiéndolo en dos porciones separadas e independientes, con la consecuyente aminoración del terreno comprado, desintegración física del predio y desmerecimiento. (...) Estos hechos determinan situación de incumplimiento previo por parte de la vendedora.”*

Un posible cambio en la cabida de la finca o solar, podría si así se hubiera expresado, ser considerado como falta de entrega, sin embargo como señalaba la STS de 31 de octubre de 1992⁴⁴⁸, en caso de encontrarnos con transmisiones de fincas en las que no se hubiera expresado el precio por unidad de medida sino un tanto alzado, y sin expresión de la cabida, no cabe aplicar las normas del error, en función de la menor cabida.

La regulación relativa a los excesos o defectos de cabida, la encontramos en los artículos 1469 a 1471 C.c., de la compraventa de inmuebles, diferenciado efectivamente según el precio del contrato se fije por unidad de medida o numero o por referencia a un cuerpo cierto. En los casos en que las partes, como señala MERINO HERNANDEZ⁴⁴⁹

⁴⁴⁷STS de 23 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7181)

⁴⁴⁸ STS de 31 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8359)

⁴⁴⁹MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, *El contrato de permuta*, Madrid 1978, pg 367

pacten la transmisión y el precio tomando como referencia un determinado objeto con independencia de su extensión exacta, las diferencias de medida no llevarán consigo alteración en el precio.

Las disposiciones de la modificación de la cabida, en la compraventa, pueden aplicarse a la cesión de solar a cambio de cambio de obra, especialmente bajo la modalidad de permuta, pero el problema se plantea cuando procedería una rebaja en el precio, pues para cada parte el precio se representa por el solar o los pisos/locales respectivamente.

Si en el contrato se ha fijado algún tipo de modulo de valoración éste podrá servir para modular la indemnización.

En cualquier caso, la entrega de finca con menor cabida, podrá ser considerada según las circunstancias, como incumplimiento contractual, por falta de entrega, si la parte de finca entregada no satisface las necesidades y expectativas del cesionario; o como incumplimiento defectuoso, de manera que en el primer caso permite la resolución del contrato, y en el segundo una indemnización proporcional.

La reciente Sentencia de nuestro más Alto Tribunal de fecha 3 de noviembre de 2014⁴⁵⁰, hace referencia a solicitud de nulidad por la parte actora, cedente en un contrato de permuta de solar a cambio de obra, y de manera subsidiaria, para el caso de no aceptarse la nulidad, por la clausula “*rebus sic stantibus*” , se dictara sentencia que declare la necesidad de adecuar el precio de la contraprestación al verdadero valor que resulto tener la finca.

En el supuesto, se deduce por la cédula urbanística emitida por la Subdirectora de Servicios Generales (Gerencia de Urbanismo de Ayuntamiento de Murcia), emitida con fecha 19 de septiembre de 2011, que en la fecha de elevación a escritura pública del contrato de permuta celebrado el 8 de febrero de 2007, la finca tenia la calificación de RD1, mientras que ya celebrado éste y contraídas las obligaciones entre las partes, se

⁴⁵⁰STS de 3 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 4251)

deniega la licencia de obra solicitada por la demandante, porque en realidad la calificación del terreno era RH, y sólo se permitía la construcción de una vivienda aislada. Dadas estas circunstancias la sentencia de primera instancia declaro nulo el contrato de permuta de finca a cambio de obra a construir. En la sentencia de apelación se revoco aquel pronunciamiento, alegando que el error sólo es imputable en el caso a la parte que lo sufrió, que es la promotora cesionaria, que solicito la cedula urbanística un mes antes del otorgamiento de la Escritura. Sin embargo el TS entiende que nos encontramos con un error sustancial, y excusable, no imputable al interesado, y para llegar a esta conclusión sienta los requisitos:

- 1.- advertir la aplicación de toda la diligencia exigible a las circunstancias
- 2.- distinguir una fase fáctica donde el juzgador a quo fije las circunstancias a ponderar, como determinantes de su excusabilidad o inexcusabilidad, que es susceptible de verificación casacional dentro de la cuestión jurídica porque se trata de apreciar conceptos determinados como son la buena fe y la diligencia. Así finalmente estima el recurso y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

En todo caso debe advertirse, que si bien la jurisprudencia aplica como hemos señalado las normas de la compraventa para el caso de cesión de solar a cambio de obra, cuando existe una reducción de la cabida, lo cierto es que en función de cómo se configure la entre las partes la prestación del cedente o cesionario, se determinará las consecuencias del incumplimiento.

2.-Entrega de la obra.

A) Entrega de la obra con defectos

Si llegado el momento del cumplimiento contractual, el cesionario no cumple, sea por falta de entrega de los pisos, o por entrega defectuosa, las expectativas del cedente se verán frustradas.

Precisamente por la doble obligación de hacer y dar, que encaja la figura del cesionario cerca del arrendador de obra, no podrá aplicarse literalmente, como señala

MERINO HERNANDEZ⁴⁵¹, el artículo 1468 del C.c. puesto que no podrá entregarse la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato. Evidentemente la cosa a la perfección del contrato aun no existe; si llegado el tiempo de entrega, o bien no se produce ésta, o la misma carece de los caracteres pactados, es decir se trata de *un aliud pro alio*, se podrá pedir la resolución del contrato.

Como señalamos con anterioridad calificar el contrato de inexistente o nulo, al tratarse de cosa que no existe en el momento de la perfección, y que mas tarde tampoco tiene realidad al darse este incumplimiento, ha sido la postura de autores como MONET⁴⁵², para quien en este supuesto el contrato devendría ineficaz por nulidad absoluta o inexistencia conforme el artículo 1261 C.c., con plena relevancia frente a terceros, por el juego del artículo 34 LH, y ello porque es el mismo Registro de la Propiedad el que proclamará en la inscripción del solar la causa de nulidad.

Sin embargo la mayoría de la doctrina advierte, como GARCIA CANTERO⁴⁵³, con quien esta parte comparte criterio, que no estaríamos ante una nulidad por inexistencia del edificio que debiera haberse construido sino que se trata de una causa de resolución por incumplimiento.

En ocasiones es difícil de advertir la diferencia que podría llevar a un incumplimiento total del contrato, y la que supondría por la concurrencia de un vicio, un cumplimiento defectuoso.⁴⁵⁴

El artículo 1124 C.c., tantas veces aludido, permitirá al perjudicado elegir entre el cumplimiento y la resolución, siendo esta última la que plantea mayores dificultades que trataremos de analizar.

⁴⁵¹MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS *El contrato de permuta*, Madrid 1978, pg 366

⁴⁵²MONET Y ANTON, FERNANDO .: op. cit. *Problemas de técnica notarial...* pg 73

⁴⁵³GARCIA CANTERO GABRIEL: op. cit. *Comentarios al Código Civil...*pg 795

⁴⁵⁴Recordemos la STS de 10 de marzo de 1993 “...*Es superfluo, erróneo e irrelevante pretender enquistar en el plano de los vicios originadores de las acciones edilicias con el consiguiente estrechísimo plazo de caducidad, la entrega de un inmueble destinado a vivienda que la hace materialmente inhabitable para el descanso*”

En función del momento en que se plantee la resolución la situación llevará connotaciones distintas.

Si la resolución se plantea cuando aun no se ha comenzado la edificación, no habrá mayor dificultad, y el cesionario deberá entregar el solar, también devolver complemento en dinero si lo hubo, y abonar la indemnización de daños y perjuicios si procediera.

Este es el caso de falta de entrega, aun antes de empezar la construcción de la obra, debido a la imposibilidad urbanística devenida. Es decir, las causas por las que se produce el incumplimiento del cesionario, pueden ser imputables al mismo, o como ya dijimos causas ajenas.

Si a consecuencia de causa ajena, no puede empezarse la construcción nos encontraremos como no podría ser de otra forma con una causa de resolución. En un supuesto de estas características se incardina la sentencia del TS de 30 de noviembre de 1990⁴⁵⁵ “...*toda vez que aquí forzoso es considerar la causa de fondo que produjo el incumplimiento contractual del comprador señor S., la calificación urbanística del solar, que determina, como consecuencia lógica y natural de la buena fe que ha de presidir las relaciones obligacionales y contractuales, la necesidad de que mentado comprador debe ser resarcido de los gastos que tuvo que efectuar en las respectivas esferas administrativas y material por las operaciones de derribo y demolición del inmueble que fue objeto de la compraventa, cuyos gastos hubieran correspondido al seños Z. Para el caso de no haberse realizado la compraventa, ya que incumbía a la propiedad la ejecución de las operaciones del derribo. El resarcimiento que debe concederse al Señor S. viene impuesto por un elemental principio de justicia estricta, que, a nivel del ordenamiento jurídico, se reconoce en los arts. 7, apartados 1, y 2, 1105, 1184, y 1258 del Código Civil, que se inspiran en as exigencias de la buena fe que han de presidir las relaciones humanas en su proyección en la vida jurídica, y lo contrario, supondría indudablemente, incurrir en un abuso de derecho y propiciar un enriquecimiento injusto,*

⁴⁵⁵STS de 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9219)

con desconocimiento del derecho a la tutela efectiva que consigna el art. 24.1 de la Constitución, pero es que además el resarcimiento encuentra fundamento en el art. 453 del Código, al resultar innegable que al señor S. correspondió, y tuvo, la posesión de la finca en tanto se realizó la demolición hasta la fecha en que quedó resuelto el contrato.”

En caso de haber empezado la obra, si se hubiera pactado condición resolutoria expresa, se minimizan los problemas, como ya se ha analizado, sin embargo, no siempre se incluyen en el clausulado, y no por ello debe quedar desprotegido el cedente.

La doctrina y jurisprudencia italiana⁴⁵⁶, aplican las normas de la accesión de manera que el dueño del terreno hace suya, una vez resuelto el contrato, la edificación existente, pagando al cesionario el valor de los materiales, o el de la mano de obra, y siempre el aumento de valor de la finca. Ya que como señala MERINO HERNANDEZ⁴⁵⁷ *“hemos de pensar que, en principio, el propietario adquirente del solar que comienza la edificación sobre él y luego lo pierde por causa de resolución del contrato, ha edificado en él con toda la buena fe, por cuanto lo hacía sobre la base de la convicción de que el terreno era suyo, y seguiría siéndolo siempre.”*

Nuestro Código Civil, permite en el artículo 361 que el propietario del terreno pueda optar entre hacer suya la obra, previa la indemnización que establecen los artículos 453, y 454 C.c., u obligar al que construyó a pagarle el precio del suelo; con aplicación de los gastos.

Si el cedente opta en tal caso, por hacer que el cesionario compre el solar, bastará valorar este solar al tiempo en que se produce la resolución.

Si el cedente optare por hacer suya la obra, el juego de los artículos de la acción mencionados, llevarían a tener que abonar al cesionario de buena fe los gastos necesarios y útiles, o a elección de aquel, el incremento del valor del terreno; los de puro lujo o

⁴⁵⁶GIANNATTASIO: *La permuta. Il contratto estimatorio*, Milano 1974. pg 25

⁴⁵⁷MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS, op. cit. pg 374

recreo, no son abonables, pero si fuere posible podrá retirarlos en cesionario salvo que el cedente prefiera abonar su valor.

El problema mayor estribaría en que la mayoría de gastos de edificación, se entienden gastos útiles, de manera que el cedente puede optar por satisfacerlos o abonar el aumento de valor experimentado por el terreno en virtud de aquellos. Esta situación podría ser enormemente injusta para el cesionario, pues pese a lo mucho invertido puede que el aumento de valor del terreno no lo refleje. De ahí que DIEZ PICAZO⁴⁵⁸ señala que “ *...No se aplica el artículo 361 cuando el constructor actúa por virtud de contrato de obra celebrado con el propietario del suelo. Esto parece mas acorde con la idea que inspira nuestro Código Civil y que asoma en algunos textos. El constructor de los artículos 358-365 no es quien ejecuta una obra en virtud de un contrato con el dueño. Ese constructor o edificante es alguien que actúa por su propia iniciativa, que decide por sí solo llevar a acabo la construcción y aporta capital para ello...* ”

Por tanto deberá efectuarse una valoración que busque la equidad y el equilibrio entre las partes.

En opinión de SOLER PRESAS⁴⁵⁹ a la hora de medir la extensión del resarcimiento, que resulta en los casos de incumplimiento contractual se advierte la disyuntiva de escoger como medida de referencia, bien la situación económica que hipotéticamente existiría si se hubiera cumplido correctamente el contrato, o por el contrario, la que existiría de no haberse celebrado el contrato. En consecuencia dado el incumplimiento contractual, es generalmente admitido el uso como elemento de medida para calibrar el resarcimiento, el primero, esto es la situación económica esperada de haberse cumplido el contrato en sus expectativas, y ello por la propia repercusión incentivadora de la celebración de compromisos, que como medida de garantía del beneficio esperado, tiene la misma concesión de una indemnización así valorada.

⁴⁵⁸DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, LUIS, *Posesión y contrato de obra*, Estudios de homenaje al profesor M. Batlle. Marcial Pons.Madrid 1978

⁴⁵⁹SOLER PRESAS, ANA, *La Valoración del Daño en el contrato de Compraventa*, Aranzadi, Pamplona 1998, pg 82

Si la resolución se produce ya finalizada la obra (un *aliud pro alio*) o en su fase final, hemos de contar con la posibilidad de encontrarnos con un caso de acción invertida; ya que puede que el valor de lo construido sea muy superior al valor del suelo, de modo que como señala la jurisprudencia la regla *superficies solo cedit*, no puede aplicarse y debe sustituirse por la más general *accessorium sequitur principale*; entendiendo que es lo edificado lo principal.

En todo caso, como señala ZURITA MARTÍN⁴⁶⁰, para que exista accesión invertida, debería concederse al constructor la misma facultad de opción que tiene el cedente. De manera que una vez admitida la superioridad del valor económico de lo construido sobre el solar, el constructor podría optar por la compra del terreno. Pero contrariamente, esta solución no es admisible, en cuanto ha sido el propio cesionario quien no cumplió adecuadamente su obligación, aunque edificara de buena fe, razón por la que se resuelve el contrato; de modo que es el cedente o aportante y no su contraparte quien debe tener a su favor los derechos reconocidos en el C.c. al respecto.

Si el cedente opta en tal caso, por hacer que el cesionario compre el solar, bastará valorar este solar al tiempo en que se produce la resolución.

Si el cedente optare por hacer suya la obra, el juego de los artículos de la acción mencionados, llevarían a tener que abonar al cesionario de buena fe los gastos necesarios y útiles, o a elección de aquel, el incremento del valor del terreno; los de puro lujo o recreo, no son abonables, pero si fuere posible podrá retirarlos en cesionario salvo que el cedente prefiera abonar su valor.

El problema mayor estribaría en que la mayoría de gastos de edificación, se entienden gastos útiles, de manera que el cedente puede optar por satisfacerlos o abonar el aumento de valor experimentado por el terreno en virtud de aquellos. Esta situación podría ser enormemente injusta para el cesionario, pues pese a lo mucho invertido puede que el aumento de valor del terreno no lo refleje.

⁴⁶⁰ZURITA MARTÍN, ISABEL, *El contrato de aportación...* op. cit. pg. 62

La STS de 2 de noviembre 1994⁴⁶¹ señalaba que *“el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la pactada, ni un cumplimiento parcial, tampoco lo estará a conformarse con una prestación que no se ajuste a lo convenido, ni existe precepto legal alguno que a ello le obligue bajo reserva de exigir su corrección. La entrega ha de sujetarse en todas sus modalidades al programa de prestación previsto al constituirse la obligación para tener por cumplida ésta... (...) Pero esto no hace variar la calificación de moroso que le atribuye la sentencia recurrida, pues toda la prueba practicada pone de relieve que intentó la entrega de su prestación al acreedor defectuosamente al haber variaciones respecto del proyecto convenido, mientras que tal acreedor estuvo siempre dispuesto a recibir la prestación que se ajustase a lo pactado, no otra que no lo estuviese y cumplir las que le incumbían”*.

La STS de 5 de febrero de 2014⁴⁶² hace referencia a un supuesto que también cabe incluir en este apartado; se trata de obra que sí ha sido construida, y terminada, pero debido a una cesión de crédito en la posición del acreedor, cedente del solar (que ya fue en si misma debatida, al tratarse de cesión a socios de la mercantil), cuando se reconoce el derecho de los cedentes/acreedores, los bienes están en manos de terceros que se consideran protegidos. La sentencia en casación, mantiene los pronunciamiento (a excepción del abono de intereses en un primer periodo), y obliga al cesionario a pagar a los cedentes las cantidades en que se han valorado los bienes que debieron ser entregados, pero fueron enajenados a terceros de buena fe, como prestación pecuniaria equivalente ante la imposibilidad de cumplimiento *“in natura”* de la obligación de entrega de dichos inmuebles. También se consideró debían ser indemnizados por el lucro cesante, consistente en no haber percibido las rentas del arrendamiento de los inmuebles. Y condenó igualmente al abono de intereses desde que el cumplimiento de la prestación debida se hizo imposible por culpa de los demandados, momento en que se entiende se transforma en el equivalente pecuniario.

⁴⁶¹STS de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8364)

⁴⁶²STS de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014, 497)

B) Falta de cabida

De modo análogo al caso de entrega de solar con menor medida, también cabe que el cesionario proceda a la entrega de la obra, piso o local con menor cabida de la pactada. Pero al igual de lo ya señalado para el cedente, si se ha pactado un precio alzado, y no se ha hecho referencia a unidad de medida, no cabe alegar falta de entrega de la cosa pactada (STS de 25 de julio de 1998⁴⁶³). Exactamente de modo similar al caso de entrega de solar con defecto de cabida, si los pisos o locales no se corresponden con la superficie acordada, debemos determinar si estamos ante un defecto que sea de tal entidad de revista el carácter de resolutorio, o simplemente debe dar lugar a una indemnización.

Si las partes han manifestado contractualmente que pactan la entrega de una concreta superficie por un determinado precio; producida una alteración en las dimensiones de la obra, debe alterarse también el precio proporcionalmente, en más o en menos. De ahí la aplicación del artículo 1469 facultando al cesionario para optar por una rebaja proporcional del precio o la rescisión de la venta. Si la reducción es mayor al diez por cien, lo mas probable es que no convenga ya el intercambio sino la resolución, de ahí la libertad de elección. Si es un exceso de cabida el limite para optar entre satisfacer el mayor valor o desistir del contrato es el veinte por cien.

Si por el contrario la venta o en nuestro caso permuta se pacta por precio alzado, como cuerpo cierto, ya no habrá aumento o disminución del precio aun cuando resulte mayor o menor cabida. En este sentido son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que son unánimes en determinar que en estas condiciones el aumento o disminución de la cabida no llevara consigo aumento o disminución en el precio de adquisición pactado, mencionamos la STS de 21 de julio de 2000⁴⁶⁴ que recoge la intrascendencia de menor superficie de la vivienda entregada para tener derecho a una reducción del precio pactado.

⁴⁶³ STS de 25 de julio de 1998, (RJ 1998, 6133)

⁴⁶⁴ STS de 21 de julio de 2002 (RJ 2000, 6469)

A estos efectos es relevante la sentencia del TS de 31 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8359], ⁴⁶⁵ donde parte de un contrato que fijaba el volumen edificable, a lo que el TS señala que no son aplicables los artículos 1469 y 1470 C.c. relativos a la cabida, por ser concepto distinto al de volumen de edificabilidad.

También destacamos la STS de 30 de enero de 1988 (RJ 1988, 206), relativa a un contrato de permuta en el que la entrega del inmueble es de extensión inferior en más de un quince por cien al pactado, permitiendo al cedente en consecuencia optar por la rescisión al superar el diez por cien la disminución de cabida.

Encontramos en ocasiones supuestos, donde las partes ya han previsto la regulación de las consecuencias de exceso o defecto de cabida, como en la ya mencionada sentencia TS de 30 de septiembre de 1993⁴⁶⁶: *“si por motivos técnicos la vivienda fuera superior a 200 metros el cedente compraría el exceso de superficie existente en la vivienda por él elegida en el precio medio por metro cuadrado que se vendieran las demás viviendas.”*

C) Disminución de calidad

Tampoco es infrecuente como señala SERRANO CHAMORRO⁴⁶⁷ que la vivienda entregada sea de calidad inferior a la convenida, en relación con materiales y aislamientos. De manera semejante a lo ya señalado para la disminución de cabida, conforme el artículo 1469 párr. 3 y 4 C.c., si la calidad inferior implica un menor valor que no excede de la décima parte del precio, se mantendrá la venta con una rebaja del precio proporcional, y si sobrepasa dicho límite el comprador puede optar por llevar a efecto el contrato o pedir su rescisión. Si la calidad es superior puede aplicarse también por analogía el artículo 1470 para el supuesto de exceso de cabida.

El cesionario debe ejecutar la obra según lo convenido en el contrato, por tanto si fueren los pisos de calidad inferior o con defectos, dado que indudablemente no se ha

⁴⁶⁵ STS de 31 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8359)

⁴⁶⁶ STS de 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6660)

⁴⁶⁷ SERRANO CHAMORRO, M^a EUGENIA, op. cit *Cambio de solar por edificación futura*, pg 419 y ss.

obtenido el resultado previsto, y no se entiende cumplida su obligación. Pero como es obvio habrá supuestos de incumplimiento esencial, y otros, como deficiencias de la obra que no siendo incumplimiento esencial no es un cumplimiento adecuado. La solución en cada caso pasará por valorar las imperfecciones y determinar si es útil para su destino, y siendo así acordar una disminución proporcional en el precio, en razón a las deficiencias o defectos.

También pueden las partes pactar cláusulas *ab initio* como la concreción en relación a los materiales de la construcción o sobre la ejecución de algunas partes de la obra de acabado, lo que evitaría gran parte de litigios.

En cualquiera de los supuestos de incumplimiento resulta útil la valoración dada a los elementos a cambiar o permutar, para después tratar de valorar la pérdida o disminución efectivamente producida y en su caso la indemnización procedente

En caso de permuta estimatoria pero con un valor alzado o global, se podrá aplicar el artículo 1471 C.c., según el cual *en la venta un inmueble hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato*. Sin embargo ello dejaría en situación desprotegida al cedente, por lo que en opinión de MERINO HERNANDEZ⁴⁶⁸, para que entre en juego dicho artículo será necesario que ambos elementos, solar y pisos o locales se hayan estimado de esta forma alzada, si al menos uno de ellos se ha valorado por unidad de medida o número, el artículo 1471 C.c. ya no entra en juego, y sí los artículos 1469 y 1470 C.c.

Si la prestación del cesionario, es decir la entrega de la obra, es defectuosa, pero no estamos ante un incumplimiento absoluto DIEZ PICAZO⁴⁶⁹ entiende que el acreedor tiene una acción especial consistente en poder rehusar la prestación que se le entrega, exigiendo la corrección de la misma, bien sobre ella, o bien sustituyéndola. Siendo además el deudor responsable de los daños cuando le sean imputables.

⁴⁶⁸MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS: *El contrato de permuta...* op. cit 367

⁴⁶⁹DIEZ –PICAZO PONCE DE LEON, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial...* op. cit 692

Por ello dadas las características de este negocio sinalagmático, compartimos con DIEZ PICAZO que si al acreedor de los pisos o cedente, que han sido entregados defectuosamente no le satisface la corrección, podría acudir dado el incumplimiento de la obligación a la correspondiente acción resolutoria de la que ya hemos tratado.

En la jurisprudencia destacamos la STS de 30 de noviembre de 1984⁴⁷⁰, y la STS de 15 de marzo de 1979⁴⁷¹ que efectivamente condena a una disminución en el precio proporcional a las deformidades o vicios de la obra, pese a ser la misma útil para su destino.

D) Vicios ruinógenos

No es fácil la determinación de qué son vicios de la construcción y de qué son vicios ruinógenos.

FERNANDEZ HIERRO⁴⁷² a quien se unen DEL ARCO Y PONS⁴⁷³, destacan que si los vicios de construcción implican la ruina total o parcial de inmueble, nos encontramos con un caso de ruina y debe tratarse por esta vía. En consecuencia si lo que está comprometido es la subsistencia, sostenibilidad, estabilidad o solidez del edificio, queda clara la aplicación del artículo 1591.

Vicio de construcción sería aquella desviación de la obra sobre las condiciones que se habían estipulado, las “reglas del arte de la construcción”, o las obligaciones que se imponen a los profesionales que intervienen en el proceso de edificación.

⁴⁷⁰ STS de 30 de noviembre de 1984 [RJ 1984, 5691]

⁴⁷¹ STS de 15 de marzo de 1979 [RJ1979, 1204]

⁴⁷²FERNANDEZ HIERRO, JOSE MANUEL: *La responsabilidad civil por vicios de la construcción* Universidad de Deusto. Bilbao 1976, pg 83

⁴⁷³DEL ARCO TORRES, MIGUEL ANGEL., Y PONS GONZALEZ, MANUEL: *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)* Comares. Granada 1993, pg.347

Si el defecto acarrea a largo plazo o de manera potencial la ruina, se entiende ruina funcional y también quedada subsumido en el artículo 1591 C.c., pero no aquellos defectos ocultos, insuficientes para producir tal daño, que si se ven protegidos por el artículo 1490 C.c., sujeto al corto plazo de prescripción de 6 meses.

Por tanto si el vicio aunque no acarree la ruina es importante o afecta la estructura del edificio para FERNANDEZ HIERRO no hay duda de la aplicación del artículo 1591 C.c.

ZURITA MARTIN⁴⁷⁴ entiende que el incumplimiento del contrato se producirá también cuando la entrega es completamente distinta a lo acordado; al tratarse de una obligación doble: dar y hacer; serán aplicables los artículos de la compraventa de inmuebles y obligaciones sinalagmáticas, pero al ser también esencial la obligación de hacer del constructor, es aplicable la responsabilidad que a éste le atribuye el artículo 1591.

Como ya hemos mencionado con anterioridad la LOE ha implicado un avance en la exigencia de cumplimiento de las obligaciones en todo el proceso de edificación. Fijando mayores garantías, aunque impliquen mayores costes.

En la ley se distinguen que los defectos que ahora nos ocupan como aquellos que afectan al edificio, estructura y su estabilidad, reduciendo a diez años el plazo; si bien no deja vacío de contenido el artículo 1591C.c. que se mantiene vigente.

Por último cabe que la falta de entrega sea sobrevenida dada la declaración de concurso del cesionario, así destaca la reciente Sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 27 de febrero de 2012⁴⁷⁵, en relación al recurso de apelación planteado sobre el auto de incidente concursal procedente del Juzgado de lo mercantil número dos de Palma, determina la posición del cedente que habiendo cumplido su obligación se ve ante el incumplimiento del cesionario, declarado en concurso; y esta situación a decir de la

⁴⁷⁴ZURITA MARTIN, I, *El contrato de aportación de solar...* op cit pg. 64

⁴⁷⁵SAP Palma de Mallorca de 27 de febrero de 2012 (Tirant on line TOL2.490.490)

Audiencia de Palma, lleva a ser considerado al cedente como acreedor concursal ex artículo 61.1.

En el caso estudiado, la resolución de instancia, tras considerar que el crédito de la accionante no podía tener la consideración de crédito contra la masa, sino de crédito concursal sujeto a las normas de reconocimiento e impugnación previstas en los artículos 86 y siguientes de la Ley Concursal, desestima la demanda por comunicación extemporánea del mismo, ya en fase de liquidación.

Ante el recurso, como señala la Audiencia la primera cuestión a debatir es la determinación de la naturaleza del crédito que ostentaría el actor contra la concursada, como consecuencia de la entrega de la propiedad del solar a cambio de unas cantidades en metálico, un local y una vivienda que debía construir la concursada, teniendo en cuenta para ello, que al tiempo de declararse el concurso, la parte demandante había cumplido íntegramente las prestaciones a su cargo, al entregar la propiedad del solar mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y que a esta fecha la concursada no había cumplido su obligación de entregar las unidades de obra, incluso se reconoce por la propia recurrente, que a dicha fecha ni tan siquiera había finalizado el plazo de ejecución de obras pactado en el referido contrato de permuta.

Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de fecha 30 de marzo de 2010, en el contrato de permuta con aportación de solar a cambio de obra futura, el aportante transmite la propiedad -salvo reserva de dominio- del solar al constructor a cambio, bien de uno o varios pisos o locales -que serán parte del futuro edificio que éste ha de construir sobre el terreno en cuestión-, bien de un porcentaje sobre lo edificado o sobre los beneficios de venta de lo construido.

El objeto del contrato se duplica en dos tipos de bienes: un bien presente -el solar- y otro futuro -el piso o local por construir-. De este hecho se deriva la obligación mixta del constructor, quien debe no sólo entregar el o los apartamentos, sino construir con anterioridad el edificio...

El hecho de que el contrato se caracterice por este intercambio de bienes de distinta naturaleza -presente y futura-, ha motivado que la mayoría de los autores que han tratado

el tema se decanten por calificarlo de Permuta de cosa presente por cosa futura. Evidenciando así la especial cualidad de uno de sus objetos, a saber: el edificio por construir.

El dueño del solar transmitirá la propiedad del mismo al constructor, normalmente, mediante tradición instrumental, por virtud del artículo 1.462 del Cc. La circunstancia de que la transmisión del solar se documente usualmente en escritura pública, hace que no se plantee dificultad alguna para llevar a cabo este tipo de tradición.

Como consecuencia del derecho de propiedad sobre el solar del que goza el constructor, no resulta difícil imaginar que este propietario desee, o se vea en la necesidad, de hipotecar el bien. Esta necesidad resulta, a veces, acuciante para el constructor, para quien la posibilidad de hipotecar el suelo se desvela como un factor de incalculable valor económico. La materialización de esa posibilidad le proporcionará un cierto grado de liquidez inmediata, que le permitirá comenzar rápidamente la edificación.

Frente al derecho de propiedad del que es titular el constructor -siempre salvo reserva de dominio-, el aportante no goza más que, en principio, de un derecho de crédito dirigido a exigir de la contraparte el cumplimiento de su obligación, cual es la entrega del piso o local. El aportante podrá ejercer todas aquellas facultades que, como cualquier titular de un derecho de crédito, le concede el Código Civil.

El hecho de que el bien que se ha de transmitir no exista en el momento de celebrarse el contrato, hace cuestionarse a la doctrina cómo y cuándo se transfiere su propiedad. La principal dificultad a salvar, no es otra que la necesidad en Derecho español de llevar a cabo la traditio para considerar transmitida la propiedad. No es posible la tradición real, pues no hay manera de entrar, real y efectivamente, en posesión del bien. No cabe tampoco tradición instrumental de algo inexistente, ya que, para que el otorgamiento de la escritura pueda significar tradición, es preciso que el vendedor posea, efectivamente, la finca que vende. Hay que deducir, por tanto, que si la propiedad no se puede transmitir porque la cosa no existe, habrá que esperar a que exista ésta para llevar a cabo aquélla.

Pero, como en el caso que nos ocupa, cuando, durante la ejecución del contrato, se produce el concurso del constructor (o empresa constructora), la posición del aportante

puede verse seriamente dañada.⁴⁷⁶

La problemática se suscita especialmente cuando, declarado el concurso, el concursado todavía no ha entregado las viviendas o locales, mientras que el cedente del terreno ya ha cumplido con su obligación.

Es más, se imposibilita la recuperación del solar, según la doctrina del TS en la Sentencia de fecha 27 de abril de 2009 por la que: *"vuelve a plantearse como cuestión prácticamente única que mientras los recurrentes cumplieron íntegramente su prestación la otra parte contratante, en cambio, incumplió totalmente la suya. Pero que esto fue así nadie lo discute, y el problema litigioso ha sido siempre si, pese a ello, la regulación de la quiebra por el Código de Comercio, según su interpretación por esta Sala sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por la quebrada, permitía a la parte cumplidora obtener el efecto restitutorio al margen de la quiebra.*

El motivo, por tanto, no llega a plantear el debatido problema del desequilibrio que suele darse en los contratos de transmisión de solar a cambio de obra futura, normalmente caracterizados por la debilidad de la posición del transmitente del solar frente a los posibles incumplimientos de su adquirente, hasta el punto de ser hoy dominante en la doctrina civilista la tendencia a sostener que el transmitente del solar adquiere simultáneamente la propiedad del local o vivienda futura mediante la tradición instrumental representada por la escritura pública correspondiente. Esta tesis, sin embargo, no es compartida por la jurisprudencia de esta Sala ni, desde luego, se corresponde con el sistema de transmisión del dominio "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición" (art. 609 CC), en el que el otorgamiento de la escritura pública se considera como equivalente a la entrega material de la cosa objeto del

⁴⁷⁶ *La declaración de concurso implica una ruptura en la equivalencia de las prestaciones, pues el aportante, a cambio de su prestación íntegra, no recibirá, como acreedor en el concurso, más que una prestación disminuida por la ley del dividendo, en principio.... Todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedan integrados en la masa pasiva del concurso, declarado que ha sido éste (art.º 49 LC); y siendo la permuta de tracto único, cedido el solar y no entregada la contraprestación por la concursada, se excluye la aplicación de los n.º 2 y 3 del art.º 61, de la LC ante el supuesto de incumplimiento por parte de una, siendo aplicable el art.º 61.1 por el cual: "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso"....*

contrato "si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario". Y que en el presente caso resulta desde luego lo contrario es tan indiscutible como en el caso examinado, por ejemplo, en la sentencia de 9 de octubre de 1997 (rec. 2689/93), y ello no sólo por admitirlo la propia parte recurrente en el alegato de este motivo, sino también porque en la escritura pública que documentó el contrato se estipuló una fecha determinada para la entrega de la vivienda futura y, además, se acordó que esta entrega se haría mediante acta notarial, datos éstos que, unidos al de haber quedado los transmitentes en la parcela como precaristas durante el plazo fijado en la escritura y al de la falta de inscripción registral de su derechos obre la futura vivienda, por calificarlo el registrador como derecho personal, corroboran la desestimación del recurso.

En suma, reconoce que si bien es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que implica desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar probablemente necesitará hipotecarlo para poder financiar la edificación. Sin embargo, señala la Audiencia, que esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón suficiente para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento. Véase en este orden el apartado de Transmisión de la propiedad.

La Audiencia llegado este punto señala, *en el caso concreto que nos ocupa y precisamente porque la propia recurrente reconoce haber cumplido íntegramente su prestación con anterioridad al momento de declaración del concurso y sin que a dicha fecha hubiera vencido el plazo para el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la concursada, comparte la argumentación que se recoge en la resolución apelada, en orden a que en sede concursal nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo*

61.1 de la Ley concursal.

Al efecto recordar que como ya dijera este Tribunal en sentencia de fecha 5 de abril de 2011, en el diseño de la Ley Concursal, el régimen de los contratos con obligaciones recíprocas esta en función de si en el momento de la declaración de concurso, ha existido o no cumplimiento por alguna de las partes; si en ese momento el negocio hubiera sido ejecutado por uno de los contratantes, estará sometido al artículo 61.1 de tal forma que el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso; y si estuviera pendiente de cumplimiento total o parcialmente por las dos partes, estará sujeto al artículo 61.2, en virtud del cual las deudas del concurso se satisfarán con cargo a la masa. La distinción entre créditos concursales y extra concursales no es en absoluto irrelevante dado que, siendo la principal característica de los créditos contra la masa la de su prededucibilidad, consagrada en el artículo 154 de la Ley concursal, los créditos contra la masa gozarán de preferencia frente a los créditos concursales y serán los primeros que resulten satisfechos con cargo a la masa activa, siendo por tanto evidente la contraposición de intereses entre los créditos contra la masa y los créditos concursales durante el procedimiento. Y siendo, como se dijo, que en el caso nos encontramos ante un contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tan sólo por una de las partes, la concursada, resulta de aplicación, el artículo 61.1 Ley concursal, como hace la sentencia de instancia y no el artículo 61.2, como pretende la recurrente.

En conclusión, para la Audiencia, el actor permutante, que aún no ha recibido la obra futura e inacabada, debe ser considerado necesariamente como acreedor concursal, sin que pueda tener cabida, la resolución contractual por incumplimiento, pues esta posibilidad se reserva en el artículo 61.2 de la Ley Concursal a supuestos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (que no es el caso) y tampoco pueda instar el cumplimiento in natura mediante la exigencia de la entrega del bien, pues de este modo se vulneraría el principio de universalidad concursal de la masa activa en cuanto que provocaría la salida de la misma de determinados bienes fuera de los supuestos expresamente establecidos y del mismo principio respecto a la masa pasiva, por cuanto, como se ha indicado, el artículo 61.1 convierte al permutante en acreedor concursal. Es

por todo ello que procede calificar el crédito del accionante como ordinario (art. 89.3) y por consistir el mismo una prestación in natura.

En cuanto a su inclusión, pese no haberlo solicitado en tiempo, si bien es cierto que, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se permitía la posibilidad de modificación de los textos definitivos, señalando el artículo 97.1 de la Ley concursal que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, cuya finalidad radica como apunta la SAP de Almería de 23 de mayo de 2011, en asegurar una tramitación ágil y fluida del concurso y la necesidad de que el Concurso siga su tramitación ordinaria y continúen sus fases como la conclusión de la fase común del concurso (artículo 111 de la Ley Concursal), la conclusión del plazo de manifestación de la adhesión a la propuesta anticipada de convenio (artículos 108.1 y 109 de la Ley Concursal), la presentación de propuesta de convenio por el concursado (artículo 113.1 de la Ley Concursal) o la petición de liquidación por el deudor (artículo 142.1.2 de la Ley Concursal), no lo es menos que en la actualidad y ya en vigor la Ley 38/2011 de 10 de octubre, el artículo 97 bis en su apartado 1, permite la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores, antes de que recaiga resolución por la que se aprueba la propuesta de convenio o se presenten en el Juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 bis; si a ello se le une, que la comunicación de créditos no es condición necesaria para que el crédito acceda al reconocimiento de la administración concursal y para la elaboración de la lista de acreedores, pues no hay que olvidar que existen supuestos de reconocimiento imperativo, aún cuando el acreedor haya permanecido ocioso a la hora de comunicar su crédito, y así el artículo 86.1 establece la obligación de la administración concursal de proceder al reconocimiento de los créditos, tanto de los que se haya comunicado expresamente, como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier razón constaren en el concurso, cabe concluir que, en el caso, precisamente por la naturaleza del crédito que nos ocupa, aún cuando no fuera directamente comunicado por el acreedor, su existencia debía resultaba acreditada y desprenderse de la propia documentación de la concursada (escritura pública que acredita la titularidad del activo de la concursada, en virtud de la cual se adquiere un solar, posteriormente hipotecado, para su edificación) y

por ello se concluye que era obligación de la administración concursal su reconocimiento e importe, máximo cuando ni tan siquiera se ha alegado, que la contabilidad era insuficiente para su acreditación y tampoco se ha cuestionado su existencia, de modo que la falta de comunicación en plazo, cuando era obligado su reconocimiento por la propia administración concursal, puede ser interpretada como una renuncia a un derecho que como tal renuncia, ha de ser clara, expresa y terminante, circunstancias éstas que no concurrieron.

Finalmente, ya se ha señalado que se produce incumplimiento contractual tanto si no tiene lugar la entrega como cuando ésta tiene lugar pero con defectos.

La obligación del cesionario es de dar, de ahí la aplicación de los preceptos relativos a la compraventa, pero también de hacer, en concreto, junto con la Ley de Ordenación de la Edificación, en virtud de la cual el cesionario bien en su calidad de constructor, o incluso de promotor, o promotor delegado es responsable de los defectos o vicios que presenta la obra, y así mismo responde por ruina, tal y como se desprende del artículo 1591 del C.c.

Doctrina y jurisprudencia han analizado extensamente el concepto de ruina, ya la STS de 10 de marzo de 1993, ya mencionada se refería a la misma al indicar que “...*la ruina prevista en el dicho precepto no se refiere a la que en términos cuasi dramáticos prevén la Ley de Régimen del Suelo y la Ley de Arrendamientos Urbanos pero sí a estos efectos que la hacen-la vivienda-inapropiada para lo que fue proyectada, construida y vendida, es decir, para vivir y descansar...*”

Consecuentemente, el artículo 1591 C.c., será aplicable cuando el vicio es de tal entidad que haga considerar que existe ruina, por ser imposible habitar la vivienda, o el descanso en ella, es decir siempre que no pueda destinarse al fin para el debe tener existencia.

En todo caso, como ya hemos tenido ocasión de señalar con la Ley de Ordenación de la Edificación se superan los tradicionales inconvenientes para reconocer acción contra promotor, constructor y demás intervinientes en la construcción.

El artículo 17 L.O.E. prevé la responsabilidad civil de las personas físicas o jurídicas que han intervenido en el proceso de la edificación, tanto frente a propietarios como terceros, de los siguientes daños, si bien estableciendo los plazos en que los mismos van a tener cobertura, y por ende son susceptibles de reclamarse:

Durante diez años, de los daños causados en el edificio por vicios o defectos (de carácter estructural) que afecten a la cimentación, soportes, vigas forjados, muros de carga etc. Y que comprometan la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

Durante tres años, de los daños materiales que se causen en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos que pongan en riesgo la habitabilidad.

Dentro del plazo de un año, el constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado.

En cualquier caso, como se ha repetido, estas acciones se aplican con independencia de las acciones personales por incumplimiento contractual. En consecuencia al cedente se le ofrece la posibilidad de optar por las acciones contenidas en la Ley de Ordenación de la Edificación, por la acción edilicia de vicios ocultos (seis meses), por acción de incumplimiento contractual (quince años), e incluso la de ruina prevista en el artículo 1591, fuera de los casos ya previstos en la LOE. Ello sin olvidar que si se trata de consumidor, como suele ocurrir también se aplicará la protección derivada de la legislación de consumidores.

En todo caso, no podemos olvidar que la doctrina mayoritaria no considera como vicios o defectos ocultos sujetos al citado plazo de prescripción de seis meses del artículo 1460 C.c a aquellos vicios que por entidad ya física o funcional, teniendo en cuenta el

contrato celebrado, supongan un incumplimiento contractual que lleve a la ruina funcional, por hacer al bien inútil para su destino, según su naturaleza, pues entra ya de lleno en el 1591 C.c.

E) Rescisión por lesión *ultradimidium*

Como ya señaló con anterioridad no es necesario que las contraprestaciones de la cesión de suelo por obra tengan igual valor, aunque de hecho las partes suelen suponer que los objetos permutados lo tienen.

Cabe plantear desde la contratación misma que si los objetos o prestaciones del negocio no tienen valor equivalente, las partes pueden equilibrar libremente la relación entre los valores de las prestaciones respectivas mediante la obligación de pagar una determinada suma de dinero adicional a cargo de una de las partes (si bien no es obligatorio que lo hagan).

Si esta posibilidad no se hubiere previsto, pero las partes mantienen su voluntad de hacer valer el contrato, podrían darse diversas soluciones. La primera de ellas, sería producir un incremento del valor en el objeto de prestación del cesionario, mediante la realización de mejoras, para equilibrar los valores de las dos prestaciones.

Como consecuencia de la diferencia de valor, tampoco se desnaturaliza el contrato si junto a la entrega de pisos, o junto a la entrega del solar, se entrega una cantidad de dinero.

Pero si no hubiera acuerdo entre partes, la cesión de suelo por obra podría rescindirse por lesión *ultra dimidium* en aquellos derechos autonómicos o extranjeros que la admiten. La rescindibilidad deriva de la analogía existente entre la cesión del solar y la permuta.

En la práctica es muy raro que se obtenga la rescisión por lesión de una cesión de suelo por obra. Sí se encuentra algún caso entre las sentencias del TS. En la STS de 5 de

diciembre de 1984⁴⁷⁷, una cooperativa de viviendas había adquirido diversas fincas urbanas. A cambio, había prometido que entregaría a los cedentes unos locales en un edificio que construiría en un solar de los mismos. Al descubrir que la obra prometida excedía del valor de lo adquirido en más de cuatro veces, la cooperativa solicitó que se declarase la nulidad del contrato o su rescisión por lesión. Esta petición no prosperó por no concurrir ninguno de los supuestos legales de rescindibilidad.

En alguna otra ocasión, se ha recordado que si una de las partes de la cesión considera que ha hecho un mal negocio, ello no permite solicitar la nulidad del contrato, menos cuando el valor del solar y el de la obra que recibe a cambio son casi coincidentes (así STS de 29 de abril de 1996⁴⁷⁸).

En cualquier caso, ambos contratantes pueden ser enajenantes de inmuebles cuando la cesión se configura según el modelo de la permuta, por lo que en teoría ambos podrían pedir la rescisión en los ordenamientos que la permiten.

V.- Efectos del incumplimiento frente terceros

El incumplimiento tanto del cedente como del cesionario, puede producir efectos frente a terceros junto a los ya analizados producidos entre partes. Una de las cuestiones muy debatidas es si el crédito que ostenta el cedente es un crédito que se encuentra en igualdad de condiciones frente los posibles acreedores del cesionario, o si por el contrario pudiera ser calificado de crédito refaccionario.

Antes de analizar la cuestión sobre la calificación de este crédito como refaccionario, debemos detenernos en la naturaleza del mismo; y para su estudio entendemos de gran utilidad la reciente sentencia de 6 de octubre de 2015, donde se plantea si puede mantenerse la hipoteca constituida sobre los pisos futuros que deben

⁴⁷⁷STS de 5 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6031)

⁴⁷⁸STS de 29 de abril de 1996 (RJ 1996, 3024)

entregarse al cedente, sin concurrir la voluntad del cedente.⁴⁷⁹El citado recurso se resuelve

⁴⁷⁹STS de 6 de octubre de 2015 (4157/2015).El objeto de examen en este caso parte de la E.P. de fecha 21 de abril de 2007 por la que se perfeccionó el contrato de permuta de un determinado piso, propiedad de "Colegio María Inmaculada SL", a cambio de obra futura, con la promotora "Urbionuba SL", comprometiéndose ésta a la entrega de un piso y plaza de garaje de la nueva construcción libre de cargas o gravámenes.

A su vez, en la misma fecha y ante el mismo Notario Urbionuba SL constituyó derecho real de hipoteca sobre el solar resultante de haber ya demolido la edificación en que radicaba el piso objeto de la anterior permuta, como garantía del préstamo que le confería la Entidad Caixa Bank SA.

Posteriormente ya efectuada la división horizontal del nuevo edificio en construcción, Urbionuba SL y Caixa Bank presentaron conjuntamente solicitud del Registro de la Propiedad buscando la liberación de la carga hipotecaria en su día constituida respecto de varios inmuebles resultantes de esa división horizontal, manteniéndola sin embargo, entre otros, respecto de aquellos bienes que la cedente de permuta, Colegio María Inmaculada, debía recibir de la Promotora cesionaria. Como consecuencia de ello el "Colegio María Inmaculada S.L." formuló demanda contra don Modesto, don Ruperto y "Urbionuba SL" de una parte, y de otra contra "Caixa Bank SA", ejercitando acción de nulidad contractual, cancelación de inscripciones registrales y cumplimiento de contrato.

A la demanda se allanan todos los codemandados a excepción de Caixa Bank, recayendo sentencia estimatoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia el 18 de abril de 2013, por considerar acreditado que concurrió causa ilícita en cuanto contraria a la moral, ya que a pesar de conocer previamente las codemandadas que los inmuebles que recibiría la cedente se le habrían de transmitir libres de toda carga, sin embargo no cumplieron tal compromiso en la solicitud presentada en el Registro de la Propiedad, y lo hicieron a ciencia y conciencia de estar así perjudicando a la aquí actora.

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación de Caixa que fue resultado confirmando la sentencia de primera instancia, y compartiendo los argumentos de la misma sentencia, por considerar la actuación de los codemandados como contraria a la moral jurídica o buena fe exigible en el tráfico jurídico. Estimada que el conocimiento por todos los demandados del compromiso de entregar al cedente la obra futura libre de toda carga, así como que todos ellos de consuno, y con ausencia de buena fe, incumplieron dicho compromiso.

En la citada sentencia dado que el cesionario había constituido el préstamo hipotecario, sobre todo el inmueble, incluyendo los bienes futuros que debía entregar al cedente, tras la verificación de la obra, y era conocedor de esta circunstancia la entidad financiera; cuando posteriormente se solicita la cancelación de la hipoteca sobre ciertos pisos, pero se mantiene sobre los que le correspondía al cedente, el TS mantiene la fundamentación del Tribunal de primera Instancia y de Apelación al apreciar que tanto la escritura de permuta del piso por obra futura, como la de constitución del derecho real de hipoteca en garantía del préstamo para la construcción se realizaron prácticamente en unidad de acto y sin solución de continuidad, por ser el mismo día, ante el mismo fedatario público y con número de protocolo correlativo, de lo que se infiere que al constituirse el derecho real de garantía la entidad financiera era plena conocedora de la obligación contraída por la Promotora con la actora: Por ser un hecho notorio que la formalización pública de un préstamo hipotecario va precedida de una previa tramitación durante el cual la entidad crediticia resulta singularmente exhaustiva a la hora de analizar la corrección de toda la documentación requerida, sobre todo en un caso tan singular como el presente en el que media una compraventa y una permuta favor de la promotora prestataria y, además, se habría de desafectar una finca de la propiedad horizontal, extinguir este régimen y dar lugar al surgimiento de un inmueble único. A lo que cabe añadir que al efectuar ésta la aportación documental requerida de contrario aportó precisamente copia de la escritura de permuta, concluyéndose de ello por no ofrecerse otra explicación relevante y convincente, que obrando en su poder tal escritura era plena conocedora de su contenido y en particular de la obligación asumida por la promotora prestataria de no hipotecar los inmuebles que debía entregar a la cedente de la permuta.

En el recurso de casación se argumentaba por la entidad financiera que la conclusión a la que se llega, por vía de presunciones, de que cuando la recurrente concedió el préstamo hipotecario tuvo que conocer que el prestatario tenía como prohibición de disponer el pacto de imposibilidad de hipotecar el inmueble futuro, resultante de la división, y que por esta circunstancia actuó de mala fe, no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible. Y añade que lo que existía era el compromiso de entregar unas fincas libres de cargas en el futuro, obligación ésta que perfectamente podía cumplir la promotora codemandada mediante la cancelación de las cargas con carácter previo a su transmisión.

señalando el Tribunal Supremo, *como viene ya de antiguo (STS de 18 de abril de 1921), que la interpretación del artículo 1257.1 del Código Civil, debe hacerse de forma que los sucesores a título singular ostentan el mismo carácter que sus causantes*. Afirma que el principio de relatividad *no es tan absoluto que no pueda extenderse a personas que no han intervenido en lo pactado en el contrato, así como que los causahabientes a título singular (compraventa) no son terceros (STS 1 de abril de 1977 y 24 de octubre de 1990), trascendiendo a estos los derechos y obligaciones del contrato, con excepción de los personalísimos, al penetrar los causahabientes en la situación jurídica creada mediante el negocio celebrado con el primitivo contratante (STS 2 de noviembre de 1981 y 27 de marzo de 1984)*.

(iii) Es por ello que la reciente sentencia de 11 de abril de 2011, ya citada, y la posterior de 28 de marzo de 2012 que acude a la anterior, sostengan que "tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen la relatividad de los efectos de los contratos, no de un modo

El TS recuerda como ya hizo en la sentencia de 29 abril 2015, Rec. 803/2014, con citas de otras sentencias, "sólo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha aprobado un hecho relevante para la decisión de litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia".

Sin embargo el motivo se desestima por aplicación de la doctrina citada de la Sala al supuesto enjuiciado, *ya que el proceso deductivo de la sentencia recurrida y la de primera instancia, a la que aquélla remite, se ajusta a las reglas de la lógica a partir de los hechos acreditados, a saber: (i) la concatenación del otorgamiento de ambas escrituras públicas, la de permuta de un inmueble a cambio de obra futura y la de constitución del derecho real de hipoteca en garantía del préstamo concedido para la construcción; (ii) el que la entidad financiera tuviese en su poder toda la documentación para la evaluación de los riesgos, aún más exigible en este singular supuesto por las diversas operaciones jurídicas que confluían, siendo lógico, por tanto, que obrase en su poder la escritura pública de permuta y, por ende, que tuviese pleno conocimiento de su contenido*.

Por tanto el resultado de la prueba retenido por el Tribunal es lógico, razonable y no arbitrario, sin que deba sobreponerse a él el interesado por la parte recurrente.

Por otro lado se denunciaba también la infracción del artículo 1257 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de relatividad contractual en cuanto a los límites subjetivos de las obligaciones que nacen de los contratos (SSTS de 23 junio 1999 y 19 junio 2006), de modo que, en general, no puede afectar lo estipulado a quien no intervino en su otorgamiento. Con base en este argumento, la recurrente indica que la actora también puede exigir a la mercantil financiera el cumplimiento del contrato de permuta inmobiliaria suscrito con los codemandados un Urbionuba S.L. y Sres. Modesto Ruperto .

Y por último argumenta la recurrente que en el presente caso no puede haber incumplido una obligación a la que no estaba vinculado, ni concurre dolo, culpa o negligencia, al no ser responsable de los pactos convenidos en la permuta, y que, en cualquier caso, el cumplimiento de la obligación era posible de conformidad con lo pactado en la escritura de permuta, mediante la cancelación por Urbionuba del préstamo de la finca a entregar y su transmisión a la actora. Añadiendo, en el desarrollo argumental de motivo, que tampoco habría nexo causal eficiente entre la conducta de la recurrente y el resultado dañoso, causa que se concretaría en la conducta de Urbionuba.

general y abstracto, sino de manera concreta y muy determinada".

(iv) Dentro de esta concreción, la doctrina y la jurisprudencia han centrado su atención en las adquisiciones a título singular y por actos inter vivos del dominio de un bien y los contratos que el causante hubiera celebrado con referencia al mismo antes de la transmisión. Aunque el planteamiento puede ser diverso según se trate de derechos u obligaciones, son estas últimas las que ahora atraen nuestra atención. A pesar, pues, de la relatividad de los contratos, en ocasiones se ha impuesto al contratante la necesidad de soportar los efectos de aquellos contratos precedentes que celebró quien le trasmite, si influyen en el derecho que se le trasmite, razón por la que no se le reputa tercero en el orden civil (STS 5 de octubre de 1965).

La cuestión presenta un evidente punto de contacto con las obligaciones "propter rem " (por razón de la cosa) constituidos en función de la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien, como añade las recientes sentencias de la Sala antes citadas, pues tales obligaciones van necesariamente unidas a una titularidad jurídico-real, de modo que su vinculación para el adquirente es necesaria consecuencia de la transmisión del derecho real.

Ahora bien, tratándose de compromisos que afecten a la consistencia, existencia y demás circunstancias del derecho transmitido, que se puedan tildar de reales se habrá de estar a las salvedades que procedan de la aplicación de principios hipotecarios, debiendo ser tenida en cuenta la protección registral o, al menos, el conocimiento por el causahabiente a título particular.

(v) De ahí que, planteándose la oponibilidad del contrato para que sea respetado por terceros, será preciso su publicidad o el conocimiento de aquel por éstos, según razona pormenorizadamente la sentencia de primera instancia.

El caso del que se parte, entiende el TS que no se trataría de un gravamen real, ni de una obligación que sea inherente a la titularidad de la cosa, sino de una obligación personal establecida en virtud de un pacto contractual entre el cedente y el cesionario, se podría concluir que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1257 CC fundado en la imposibilidad de que los efectos de los contratos puedan perjudicar o afectar negativamente a terceros ajenos a los mismos.

Se consideraría así que los efectos jurídicos del contrato, en tanto que "red inter alios acta" [cosa realizada entre otros], se limitan a los derechos y obligaciones de las partes que lo concertaron, sin que generen deber de conducta alguno para los terceros, cuya conducta sería completamente libre respecto del contrato. Se produciría de este modo una separación absoluta entre la relación obligatoria y la esfera jurídica de los terceros.

Pero por el contrario, como recuerda la sentencia de 5 febrero 2014,⁴⁸⁰ *"frente a esta concepción, ya superada, hay que entender que los terceros tienen un deber de respeto del derecho de crédito ajeno que es una consecuencia del deber general de respeto de los derechos subjetivos y situaciones jurídicas que integraban la esfera jurídica de los demás, y del más genérico aún de "neminem laedere" [no causar daño a nadie]"*.

Consecuencia de lo anterior y como corolario de ello, añade la sentencia que "de ahí que el tercero que viole dolosa o negligentemente un derecho ajeno, asume, por éste solo hecho, responsabilidad por los daños y perjuicios causados al titular del derecho, y asume la consiguiente obligación de resarcimiento, que en el caso de la actuación dolosa debe abarcar todas las consecuencias dañosas de su actuación".

Ya sentencia precedente del 17 junio 2011⁴⁸¹, habría afirmado que no se puede ignorar "la posible responsabilidad de terceros por la lesión de un derecho de crédito, admitida por la doctrina científica, ni la jurisprudencia de esta Sala sobre la eficacia indirecta, refleja o mediata del contrato para los terceros, que se traduce en el deber de respeto a la situación jurídica creada impidiéndoles celebrar con alguna de las partes un contrato incompatible con el ya existente para impedir su cumplimiento o frustrar el interés del otro contratante (SSTS 16-2-73 , 26-5-95 y 13-2-97 entre otras)".

Por ello señala la sentencia que tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen la relatividad de los efectos de los contratos, no de un modo general y abstracto, sino de manera concreta y muy determinada.

⁴⁸⁰ STS de 5 febrero 2014, Rc. 204/2012

⁴⁸¹ STS de junio 2011, Rc. 687/2008

Por tanto en el supuesto de hecho, la financiera no solo tenía conocimiento, sino que además intervino de modo relevante en la distribución entre los inmuebles resultantes de la división horizontal del derecho real de hipoteca constituido en principio sobre el solar; distribución que consta, como dato fáctico, que se llevó a cabo liberando de la hipoteca a varios de los inmuebles y manteniendo esta, sin embargo, respecto de aquellos, como es el de la cedente, que conocía que la parte actora habría de percibirlos libres de ella por pacto expreso contenido en la escritura de permuta.

De todo ello colige el Tribunal que debe responder, ya sea por negligencia o por dolo y mala fe, sin perjuicio de estimar ilícita la causa por ser su conducta, perjudicando el crédito de la actora, contraria a la moral jurídica y a la buena fe exigible en el tráfico jurídico.

Por otro lado, pero siguiendo con los efectos respecto a terceros del incumplimiento, el adquirente en general de una vivienda o inmueble futuro que adelanta el precio o parte del mismo, actúa pues en parte como financiador de la obra al constructor por lo que autores como GARCIA ARANGO⁴⁸² consideran que su crédito debe ser calificado como refaccionario, y ser pues privilegiado.

El crédito refaccionario, tradicionalmente es aquel que ostenta el obrero o arrendador de obra por el importe de las cantidades invertidas en la construcción o reparación, o por suministro de materiales. La doctrina mayoritaria, como DE ANGEL YAGÜEZ⁴⁸³ mantienen que será crédito refaccionario todo aquel que tiene el acreedor consecuencia de haber contribuido a la construcción, en consecuencia el adquirente de piso futuro podrá estar incluido en esta consideración. No obstante esta calificación no le asegura al cedente que el cesionario realizar y entregará la obra y tampoco le protegerá en caso de una doble venta. En cualquier caso para que pueda incluirse al cedente dentro de esta categoría de créditos privilegiados, es requisito necesario que su contraprestación,

⁴⁸²GARCIA ARANGO, op.cit. “La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción” *RCDI*, 1982-II, pg 936

⁴⁸³DE ANGEL YAGÜEZ, op. cit. *Los créditos derivados del contrato de obra*, o GULLON BALLESTERIOS

la entrega del solar se incorpore al patrimonio del cesionario, contribuyendo así en la financiación de la obra a construir, si conserva la propiedad del solar, evidentemente no tendrá un crédito refaccionario, aunque si tendrá una mayor protección. Igualmente si se transmite la propiedad y al tiempo recibe en propiedad los pisos futuros o un derechos real sobre aquellos, no podrá ser beneficiario de esta categorización. Por el contrario en tales casos es el cesionario si es que no ha recibido la propiedad del solar, el que podríamos plantearnos si ostenta un crédito refaccionario, de modo semejante al que tendría frente al comitente.

La naturaleza de crédito refaccionario le permitirá ser privilegiado, y hacer efectivo su derecho frente a cualquier otro acreedor no privilegiado, conforme el artículo 1923.5° del Código Civil, y ello tanto en el caso de estar anotado en el Registro de la Propiedad como de no estarlo. Si el conflicto se produce entre acreedores privilegiados, es cuando sí tiene importancia que éste crédito haya accedido al Registro. De esta manera por el juego de los artículos 1923 y 1927 del C.c., resultara que si ninguno ha sido anotado ni inscrito, la prelación entre ellos será por orden inverso a su antigüedad, es decir el último será preferido al primero. Si se trata de créditos refaccionarios anotados o inscritos en el Registro, se aplica la regla *prior tempore, potior iure*, pues el crédito anotado se considera a todos los efectos como un crédito hipotecario.

Por otro lado, también resulta de interés advertir si ante un embargo de tercero, sobre los pisos o locales futuros, en que consiste la prestación del cesionario a favor del cedente, cabe que el cedente, pueda ejercitar una tercería de dominio. Al respecto dada la importancia que tiene el momento en que entendemos transmitida la propiedad, nos referiremos más adelante, no obstante debe advertirse que una vez se ha producido la entrega, u otorgado la Escritura pública con efecto traditorio, ya no se plantea discusión, el problema se centra en el periodo anterior, y siempre que no se admita que también pueda ejercitarse esta acción por el titular de otros derechos de crédito, no solo de la propiedad.⁴⁸⁴

⁴⁸⁴ véase la STS de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994, 861)

CAPÍTULO V. EFECTOS TRIBUTARIOS

I.-Introducción

Aunque en este trabajo se recogen los aspectos civiles de la cesión de solar a cambio de obra, en función de sus distintas modalidades; dada la repercusión fiscal que de ello se deriva entendemos necesario hacer una mención al aspecto fiscal.

En el ámbito fiscal debemos plantearnos la calificación del contrato primeramente. Existen fórmulas recogidas por la legislación como la compraventa, y otras que se van perfilando por las resoluciones del TEAC, como la constitución del derecho de superficie a favor del constructor que luego revierte parte de la propiedad.

En relación con el IVA, las calificaciones jurídicas que derivan del Derecho Privado carecen de la importancia que podrían tener en otros impuestos como en el de Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Recuerda GARCIA NOVOA⁴⁸⁵ que el TJCE, en sentencias como la de 8 de febrero de 1990, asunto C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe (TJCE 1990/98) de 6 de febrero de 2003, asunto C-185/01, Auto Leal se Holland(TJCE 2003/34) de 14 de julio de 2005, asunto C-435/03, British American Tobacco (TJCE 2005/236), y 29 de marzo de 2007, asunto C-111/05, Aktiebolaget (TJCE 2007/71), que el concepto de entrega de bienes no se refiere a la transmisión de la propiedad en las distintas formas reguladas por el Derecho nacional aplicable, sino que abarca toda operación de transmisión de un bien corporal que se efectúa por una parte y faculta a la otra a disponer de hecho como si fuere propietaria de dicho bien.

Sin embargo no podemos pese a todo olvidar la categorización de la figura, pues de facto admitir que estamos ante una permuta es aceptar que la misma provoca dos transmisiones, la de solar por un lado, y la de la futura edificación construida sobre el misma. Y estas transmisiones conllevan entregas de bienes sujetas a IVA que se devengará cuando ambas se perfeccionen.

⁴⁸⁵GARCIA NOVOA, CESAR: “Permuta de solar por edificación en el IVA: La situación actual”, *Instituto de estudios Fiscales*, Doc. 4/2011, Santiago de Compostela 2011, pg 13

Si nos encontramos con una permuta, supone la aceptación de que los cedentes adquieren la propiedad de los inmuebles de futura construcción con la sola firma de las escrituras de cesión. El efecto inmediato de esta calificación es la adquisición de un derecho real, no un derecho de crédito, siempre que reúna los requisitos para acceder al Registro de la Propiedad.

Sin embargo si no prima este interés de transferencia de la propiedad inmediata, aparecen dudas sobre la calificación de esta operación. De ahí que como señala GARCIA NOVOA, mientras no se construye y se entregue lo edificado, consumando la transmisión mediante la tradición, no podemos hablar de un verdadero derecho real, por tanto es dudoso hablar de permuta.

Señala MONGAY SOLER⁴⁸⁶, que la tributación de esta figura, como se ha ido indicando con anterioridad, es compleja puesto que en ella se producen distintas prestaciones.

II.- Transmisión del solar

En primer lugar, se produce la transmisión del solar, que en el ámbito de la imposición indirecta estará sujeta a IVA si el cedente es un empresario o profesional (sujeto pasivo del IVA), y a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) en caso contrario.

En el ámbito de la imposición directa, la venta del solar supone para el transmitente una posible ganancia de patrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o un rendimiento en el Impuesto sobre Sociedades.

⁴⁸⁶Vid.: MONGAY SOLER, MONSERRAT *Punto Crítico: aspectos tributarios del contrato de cesión de suelo a cambio de edificación futura.*, 2009.

Además, con la entrega del terreno se produce el devengo del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

III.- Compromiso de entrega de la edificación futura.

En segundo lugar, en el momento de formalización de la permuta se establece el compromiso de entrega de la edificación futura. La entrega de la edificación está sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, produciéndose el devengo de dicho Impuesto en el momento en que el terreno entregado por el cedente se pone a disposición del cesionario, por cuanto que la recepción de dicho terreno por éste supone la percepción como pago anticipado de la total contraprestación de la ejecución de obra señalada (Art. 75.Dos L.IVA). La base imponible se determina en este caso provisionalmente, sujeta a modificación si varía el valor de mercado de la edificación.

Además, en caso de que la permuta se documente en escritura pública, la escritura estará sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por documentos notariales.

IV.- Entrega de la edificación finalizada.

En tercer lugar, al finalizar el proceso de construcción se produce la entrega de la edificación comprometida, que no produce un nuevo devengo del IVA puesto que el impuesto ya se ha devengado anticipadamente con la entrega del solar. Lo que GARCIA NOVOA⁴⁸⁷ denomina exigibilidad anticipada del IVA, a cuenta de la exigibilidad definitiva que tiene lugar cuando se produce verdaderamente el devengo, aun cuando esta exigibilidad anticipada esta singularmente prevista en la ley del impuesto. Para que pueda admitirse la exigibilidad del impuesto bien como devengo anticipado, o exigibilidad anticipada, es necesario que el pago anticipado (efectuado por el cedente), pueda calificarse como pago a cuenta de una futura entrega real, y no como mera hipótesis; es

⁴⁸⁷GARCIA NOVOA, CESAR “ Permuta de solar por edificación en el IVA: La situación Actual”, *Instituto de Estudios Fiscales*, Doc. 4/2011, Santiago de Compostela 2011

decir si no se acuerda una contrapartida directa, o la entrega futura de edificaciones se plantea como mera alternativa, no existirá base imponible, y por tanto la operación no estará sujeta al impuesto.

Lo habitual, como se ha señalado ya, es que la entrega se formalice mediante escritura pública, en cuyo caso estará sujeta a tributación por Actos Jurídicos Documentados del ITPAJD.

En caso de venta a terceros de la edificación recibida en permuta, si el transmitente no tiene la condición de empresario o profesional la entrega no estará sujeta al IVA sino al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

Si por el contrario, el transmitente tiene la consideración de empresario o profesional, la venta de las viviendas constituye una segunda transmisión de edificaciones y, en consecuencia, estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido (art. 20.Uno.22º LIVA). En este caso, salvo que medie renuncia a la exención en los términos del artículo 20.dos de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, la transmisión estará sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas (art. 7.5 LITP y 4.Cuatro.a) LIVA).

En tal caso, aun cuando se documentase dicha operación en escritura pública, no resultaría de aplicación la cuota variable del Documento Notarial, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dada la incompatibilidad entre dicho concepto y la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en los términos que resultan del artículo 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

V.- Caso especial de consumación posterior del contrato mediante pago de cantidad en metálico.

Sin embargo, puede darse el supuesto de que la entrega de la edificación no llegue

finalmente a producirse, por las razones que sean. Por ejemplo, en caso de que el promotor no pueda completar el proceso constructivo complejo que supone una edificación, o en caso de que las partes modifiquen de común acuerdo el contenido de la contraprestación. En tal caso, la consumación posterior del contrato de cesión de suelo mediante edificación futura no se produce mediante la entrega de unidades de obra, sino mediante el pago de una cantidad en metálico.

Ello supone que la operación que inicialmente se había concebido como permuta se transforma en una compraventa; la DGT ha considerado que, en este caso, existe una resolución del negocio jurídico de permuta, que se sustituye por una compraventa. Con este presupuesto, la DGT concluye que debe realizarse una modificación de la base imponible del IVA establecida en el art. 80.2 LIVA (esto es, una rectificación de factura y devolución del IVA repercutido en su día).

Otra línea argumental es recurrir al artículo 80.6 LIVA, que establece que si el importe de la contraprestación no resultara conocido en el momento del devengo del impuesto, el sujeto pasivo deberá fijarlo provisionalmente aplicando criterios fundados, y rectificarlo posteriormente cuando dicho importe fuera conocido.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, incluyendo a MONGAY SOLER⁴⁸⁸ entiende que el argumento fundamental se explica en términos de definición del hecho imponible, porque no debemos olvidar que lo que está sujeto al IVA no es el compromiso de entrega sino la entrega en si misma (arts. 4 y 5 LIVA). Esto es, si finalmente no se produce la entrega, no existe hecho imponible y no se habrá producido el devengo (ni anticipado) del impuesto, puesto que el devengo anticipado no es una obligación autónoma sino que necesita que en algún momento posterior se realice el hecho imponible y, con él, el nacimiento de la obligación tributaria.

VI.- Otro supuesto especial: consumación posterior del contrato mediante la entrega parcial.

⁴⁸⁸ Vid.: MONGAY SOLER, MONSERRAT *Punto Crítico: aspectos tributarios del contrato de cesión de suelo a cambio de edificación futura.*, 2009.

En un escenario en el que las promotoras tienen dificultades para completar el proceso edificatorio y en que los cedentes del suelo (que son los destinatarios de las edificaciones) pueden tener problemas de financiación, las partes han recurrido a soluciones imaginativas, tales como la entrega parcial de la edificación. Consiste en que el cesionario del suelo hace entrega de la edificación comprometida como edificio en construcción, y puede pactarse asimismo el compromiso del promotor de realizar las ejecuciones de obra necesarias para finalizar el proceso constructivo. Así, el cedente del suelo y destinatario de la edificación puede disponer de forma inmediata de patrimonio susceptible de constituir una garantía frente a una entidad bancaria.

La escritura de entrega de obra en construcción supone el devengo del impuesto municipal del incremento del valor de los terrenos para el transmitente y el gravamen por el ITPAJD - AJD para el adquirente de la edificación. No se produce un nuevo devengo del IVA puesto que dicho impuesto ya devengó en su día con el otorgamiento de la escritura de permuta, y por tanto no será necesario realizar ninguna actuación posterior.

Sin embargo, esta última afirmación merece alguna observación. Cuando la edificación comprometida fuera una vivienda y dicha entrega hubiera estado sujeta al tipo del 7 por ciento, la sustitución del objeto de la prestación por una edificación en construcción supone una modificación en el tipo impositivo aplicable, puesto que, si la vivienda no está finalizada, no es susceptible de ser usada como tal y, en consecuencia, esta entrega de bienes no está dentro del ámbito de aplicación del artículo 91.1 de la Ley del IVA, por lo que el tipo aplicable será el general. Si existe obligación de realizar una ejecución de obra a cargo de la promotora consistente en la terminación de la edificación, esta operación es una prestación de servicios sujeta al tipo general, puesto que el destinatario de la prestación no tiene, a priori, la condición de promotor. En tal caso, deberá procederse a la rectificación de la factura inicialmente emitida, y a sujetar la operación al tipo general del 21 por ciento.

Desde un punto de vista teórico, las implicaciones fiscales de este contrato o negocio de la permuta han quedado definidas, sin embargo, no podemos cerrar esta

cuestión sin hacer mención a la incidencia fiscal que tiene el hecho de admitir que la permuta sea un contrato de efecto inmediato, o por el contrato nos encontremos ante “permutas sucesivas” o “adquisición a cero”.

En el primer caso, que según LAMOCA PEREZ⁴⁸⁹ es el seguido por la doctrina mayoritaria, posicionamiento tradicional, el momento en que se conviene la permuta es el momento en el que hay que calcular y comparar los valores de mercado de los objetos de las dos obligaciones derivadas de este contrato.

Sin embargo junto a esta posición hay autores que defienden que no puede ser ese momento el que debe ser tenido en cuenta, sino uno posterior, como ya vimos la posición de GARCIA NOVOA. Por un lado la teoría de las permutas alternativas, defiende que se producirán al menos dos permutas sucesivas en el conjunto de operaciones que implicará la cesión de terrenos por obra futura. La primera permuta tiene ocasión cuando se conviene la permuta original, una parte cede el terreno y la otra se compromete a ejecutar y entregar las edificaciones futuras, por tanto se trata de la adquisición inicialmente de un derecho a aquellas. La segunda permuta se produce posteriormente cuando la obra se terminan, y se entregan las edificaciones o inmuebles pactados.

Por otro lado y cercana a esta postura encontramos a quienes siguen la tesis de “adquisición a cero”, y defienden que no hay inicialmente adquisición, que ésta solo se produce cuando se esciture la transmisión, normalmente cuando la obra ya ha sido terminada.

La trascendencia de una u otra postura a efectos fiscales es innegable, y para su análisis recalca LAMOCA PÉREZ, la importancia que tiene el artículo 15.2 del Texto Refundido del Impuesto de Sociedades, que señala: *“Se valorarán por su valor normal de mercado los elementos patrimoniales adquiridos por permuta”*

Realmente se destacan dos expresiones en este precepto *“valor normal de*

⁴⁸⁹ Vid.: LAMOCA PEREZ, CARLOS “Tratamiento fiscal de las permutas de terrenos por edificaciones futuras” *Carta Tributaria, Monografías* nº4, quincena del 16 al 29 de febrero 2008, Editorial CISS

mercado”, y elementos patrimoniales *adquiridos*. El valor de mercado del terreno no plantea controversia destacable, es evidente que es conocido o puede determinarse fácilmente; cosa muy distinta es de una edificación futura, especialmente si no hay otras cercanas.

La expresión elementos patrimoniales adquiridos, entronca con la disyuntiva antes apuntada que se produce entre los autores que entienden que hay una permuta desde el momento de celebrarse inicialmente el negocio, y quienes dice que la adquisición de lo edificado, de la obra no se produce hasta un momento posterior, por ende hasta entonces no se da el requisito del artículo 15.2 para producir el devengo del impuesto.

En conclusión si seguimos la tesis tradicional, entendiendo que en la fecha de la permuta se adquieren la edificaciones futuras, se valorará desde este momento la operación conforme el artículo 15.2. Si por el contrario se sigue la postura minoritaria y entendemos que el cedente no adquiere nada inicialmente, no cabría aplicar esta regla de valoración.

Esta diferencia de planteamiento no solo afectará al impuesto de sociedades, también tiene, como es lógico su consecuencia en el posicionamiento ante la IVA.

En la transmisión del solar, la postura de quienes defienden la teoría de las permutas sucesivas, lleva a postular por una liquidación definitiva del IVA en la primera permuta, y en la segunda otra liquidación definitiva también por el nuevo hecho imponible.

En la transmisión de las edificaciones, no se liquidará hasta que no haya habido entrega, lo que dependerá nuevamente de la postura que sigamos.

Al tiempo, debe tenerse en cuenta como inicialmente apuntábamos el artículo 80.dos de la LIVA “*Cuando por resolución firme, judicial o administrativa o con arreglo a Derecho o a los usos de comercio queden sin efecto total o parcialmente las operaciones gravadas o se altere el precio después del momento en que la operación se haya efectuado, la base imponible se modificara en la cuantía correspondiente...*”

Como hemos visto la técnica de rectificación ha sido uno de los aspectos más criticados del régimen de IVA, y precisamente ha sido lo que motivó el Dictamen de 2 de abril de 2008, por el que la Comisión Europea solicitó al España que modificara esta práctica administrativa, indicando que “ el recurso a medios de pago distintos (metálico o especie) a la hora de adquirir un producto no puede generar obligaciones diferentes a efectos de IVA”

En consecuencia la Comisión nos recuerda que lo relevante para el IVA es que se produzca la entrega de bienes en los términos de la normativa del impuesto, no teniendo importancia el hecho de que la entrega se efectuó como contraprestación de otra entrega de bienes.

Pero, como señala GARCIA NOVOA⁴⁹⁰ la Comisión recoge unos términos de comparación discutibles para determinar que cuando la contraprestación se abona en dinero, las posibles fluctuaciones después de la compra y hasta la entrega de la edificación no tienen efecto en la base imponible del impuesto, y no dan lugar a resultado diferente. Pero con ello se desconoce que sí pueden existir ajustes económicos.

En la misma línea se ha pronunciado posteriormente el Tribunal Supremo, así en la STS de 19 de marzo de 2009⁴⁹¹, donde se sostiene que el devengo se entiende producido con la firma de la escritura pública de permuta, las contraprestaciones de las partes estaban determinadas, lo que implicó que el en momento del devengo se perfeccionó el contrato, y se produjo entrega de bienes.

Consecuentemente en la actualidad la jurisprudencia entiende que sólo debe tomarse como referencia para el cálculo de la base imponible un momento temporal, y ese momento es la fecha en que se concluye la permuta, es decir se produce la operación y el intercambio de bienes; incluso aunque uno de ellos aun no sea haya materializado en

⁴⁹⁰GARCIA NOVOA, CESAR “ Permuta de solar por edificación en el IVA: La situación Actual”, *Instituto de Estudios Fiscales*, Doc. 4/2011, Santiago de Compostela, 2011, pg 25

⁴⁹¹STS de 18 de marzo de 2009 (RJ 1742, 2009)

un bien físico.

Este cambio de posicionamiento llevo al Centro Directivo a cambiar su postura, de hecho la respuesta a la Consulta numero V1217-10, de 1 de junio de 2010 fue denominada gráficamente “incorporación de la doctrina del Tribunal Supremo al tratamiento tributario de una permuta de terreno a cambio de una edificación futura”. A partir de este momento, el Centro Directivo, afirma que el recalcu de la base imponible debe ser cuestionado, pues “procede alinear la doctrina de este Centro Directivo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y con el criterio de la Comisión, las medidas adoptadas por la Comisión Europea contra nuestro país, con fecha 3 de abril de 2008”. De este modo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 75. *dos* de la ley 37/1992, la entrega del terreno es un pago a cuenta en especie en la entrega de la edificación futura, y la base imponible de dicho pago a cuenta coincide con la de la entrega de la edificación futura “*no debiendo esta última ser objeto de recalcu alguno cualquiera que sea la variación al alza o a la baja, que experimente el valor de dicha edificación durante el tiempo que transcurra desde que se concluya la permuta, fecha que se tomara como referencia para la aplicación del artículo 79.uno, hasta que se entregue efectivamente la edificación una vez haya finalizado su construcción*”

Para GARCIA NOVOA⁴⁹² estos cambios constantes de postura nunca debieron darse. Más crítico es GOMEZ TABOADA⁴⁹³, que además indica la poca fortuna de un cambio de criterio precisamente en un momento de recesión en el mercado inmobiliario, en el que sería lógico contemplar correcciones a la baja, y sin embargo es cuando no cabe regularización alguna que minore el IVA devengado.

Ciertamente la eliminación del recalcu parece adecuada en el marco de un contrato donde como la mayoría de ellos, los términos de la contraprestación pactada son perfectamente determinados cuando el mismo se concierta, pues quien entrega el solar recibe como contraprestación el compromiso del promotor de construir unos inmuebles

⁴⁹²GARCIA NOVOA, CESAR “Permuta de solar por edificación en el IVA: La situación Actual”, *Instituto de Estudios Fiscales*, Doc. 4/2011, Santiago de Compostela 2011

⁴⁹³GOMEZ TABOADA, F.J.: “El IVA en las permutas inmobiliarias : ¿punto final?, *El Notariado del siglo XXI*, numero 33, septiembre octubre, 2010

para su entrega, aplazando esta contraprestación al momento de su entrega.

Para evitar los inconvenientes de la tributación errática en el IVA, se han ido buscando otras opciones fiscales lícitas al simple intercambio de solar por edificación futura. Así, como se anticipó se han ido incluyendo en los contratos de compraventa, los caracteres de una obligación alternativa, recogiendo la posibilidad de que el transmitente, y el adquirente puedan optar por una entrega en especie en edificaciones, lo que excluiría la necesidad de un pago anticipado, si bien como en otros casos, si se detectan rasgos de un negocio simulado, como una desproporción entre el valor de los pisos y el metálico, llevará a determinar que la inclusión de dicha opción o alternativa es ficticia.

CONCLUSIONES

I. Aproximación al concepto

Pese a ser muchas las variantes que puede adoptar este negocio jurídico, la definición más difundida por la jurisprudencia, a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo ya señaladas, es la que lo califica como aquel contrato por el que uno de los permutantes transmite desde ya al otro (salvo pacto de reserva de dominio) o se obliga a transmitir en el futuro a él o a un tercero o varios, designados por el adquirente, la propiedad del solar edificable de que es dueño, mientras que el segundo, constructor o empresario de la construcción, asume la obligación de entregar a aquél locales o pisos del edificio que se compromete a construir sobre el solar de referencia.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta definición, como otras al uso, se centra en sólo algunas de las modalidades ya vistas. La cesión de suelo por obra no es un fenómeno unitario y puede ensayarse como alternativa, la formulación de dos conceptos distintos de cesión de suelo por obra, uno muy amplio o genérico y otro estricto. El primero podría servir para agrupar, a las modalidades expuestas en el primer apartado de este Capítulo, o al menos la mayoría de ellas. El segundo, para delimitar el ámbito de aplicación del art. 13 RH.

En un sentido amplio, la cesión de suelo por obra se define como aquel contrato en virtud del cual una parte cede a otra un derecho sobre uno o varios solares, derecho que como mínimo le faculta para construir, eventualmente derribar la edificación existente y en todo caso hacer suya, de inmediato o previa entrega por la primera parte, una parte o la totalidad de la obra que se obliga a realizar sobre el mismo solar u otro distinto. La parte adquirente se obliga, a su vez, a entregar, en el mismo momento o en otro posterior, parte de la obra y eventualmente una suma de dinero a la otra parte.

En un sentido estricto, la cesión de suelo por obra consiste en aquel contrato en virtud del cual una persona se obliga a ceder a la otra un derecho de propiedad sobre un solar, a cambio de que ésta construya sobre el mismo y ceda a la primera parte de la obra.

II. Caracteres

Los caracteres de la cesión de suelo por obra futura, bajo la modalidad de *do ut des* vienen a coincidir en lo esencial con los del contrato de permuta. Se trata de un contrato consensual, oneroso, bilateral, conmutativo y sinalagmático.

Sin embargo dos son las esenciales diferencias entre el régimen de la permuta en el derecho romano y el régimen actual de la permuta en el CC. Por una lado este contrato ha alcanzado un carácter inequívocamente consensual (art. 1538 C.c.) y por otro encontramos una diferente regulación de la permuta de cosa ajena (art. 1539 C.c.).

Por lo que respecta a su posible tipicidad, consideramos que dada la situación normativa actual, no es un contrato típico, y una vez admitida su atipicidad, debemos determinar su parecido o proximidad con otros contratos típicos, para resolver los dos principales problemas que plantea, es decir, su interpretación e integración. Pero esta labor parte en todos los casos de un análisis en particular de cada contrato y sus cláusulas, pues es tal el abanico de posibilidades, que en función de la modalidad elegida podremos acudir a integrar el contrato a las normas de la permuta, o incluso a las de la comunidad.

Por consiguiente no hay un tipo negocial único de cesión de solar, aunque sí podemos observar, que existen, y en esto hemos basado nuestro trabajo, un conjunto de contratos que sí están unidos por una finalidad común y elementos coincidentes.

III. Clases

Hemos tratado de sintetizar, para un mejor estudio comparativo, las diferentes opciones que en la práctica se utilizan, para conseguir el fin perseguido, de transmisión de un solar a cambio de pisos o locales futuros.

1º Supuestos de comunidad: entre los inconvenientes que se ocasionan con este contrato, destaca especialmente la inseguridad jurídica que puede plantearse sobre la atribución del inmueble deseado, así como las responsabilidades derivadas de la actuación edificatoria. Efectivamente estos inconvenientes son un obstáculo real a la hora de optar por esta configuración. No obstante entendemos que si los constituyentes pactan adecuadamente en el contrato constitutivo de la comunidad, las normas para la adjudicación posterior de los pisos o locales y éstas son claras y concisas con expresión de todas las características de cada uno, especialmente tamaño, ubicación, o altura en caso de un edificio, los problemas se minimizan. Y en relación a las responsabilidades que los comuneros tendrán como promotores, no serán excesivamente onerosas si su labor es diligente y cuenta con el asesoramiento del gestor de comunidades. Por ello, pese a estos posibles inconvenientes, entendemos que es la fórmula más recomendable.

En nuestra opinión, con esta modalidad se resuelve el desequilibrio que puede existir entre las posiciones de cedente y cesionario, en la modalidad clásica de permuta. Se abaratan los costes de la promoción, y se ajusta, dada la flexibilidad del modelo, a las necesidades y variantes de comunidad según se forme solo por propietarios de solares, o también por quien aporta trabajo o construcción.

No podemos olvidar los supuestos donde las partes que sí tienen un fin lucrativo, y una *affectio societatis*, se aproximan a la realidad de una sociedad. Donde el riesgo de aportar la propiedad de los solares, que pasarán a pertenecer a una persona jurídica distinta, solo puede compensarse si la confianza es absoluta y el administrador es un profesional, al que se le encomienda la gestión o promoción delegada

2º Modelo de aportación. Cerca de la comunidad encontramos la posibilidad de aportación y autoaportación. Con la autoaportación, aportación mediata o autopromoción, a través o no del promotor de comunidades, se forma una copropiedad, en la cual los comuneros se hacen recíprocas concesiones y aportaciones, hasta obtener cada uno su piso, local garaje o trastero. Esta modalidad nace dentro de la figura de la aportación, con la intención de que el dueño del solar participe del valor real del terreno, según su posible edificabilidad final, facilitando la realización del negocio inmobiliario al reducirse la

financiación precisa, conllevando al promotor o constructor a mejor disfrute, sin necesidad de soportar el desembolso que representa la compra del solar.

La autoaportación puede enclavarse como una modalidad de copropiedad, que reduce los riesgos del cedente, y equilibra la situación de los partícipes del negocio.

3º Supuestos de contrato mixto: Cabe así pues un contrato mixto con notas de contrato de compraventa y de arrendamiento de obra. Como se ha señalado en los contratos mixtos a diferencia de los contratos complejos existe un único contrato, de ahí que la mayoría de la doctrina mantiene que la diferencia determinante entre ambas figuras reside en sede de la causa contractual. Si encontramos una sola causa, aun siendo compleja, existirá unidad contractual; sin embargo siempre que hay pluralidad de causas existe en consecuencia pluralidad de contratos.

Otra variante de esta sería una primera venta del solar, y una posterior dación de los pisos o locales en pago de aquella. Aunque no debemos confundir el contrato de permuta con la venta acompañada de una cesión en pago.

Además, estas posibilidades pueden combinarse entre sí y que por ejemplo parte del valor del solar se pague en dinero y parte con la permuta de obra.

En nuestra opinión, si bien la cesión de solar a cambio de obra puede configurarse como un contrato mixto con notas de arrendamiento de obra y de compraventa, o incluso compraventa y dación en pago, entendemos que estas posibilidades pueden ser adecuadas ante supuestos de hecho concretos, donde el interés de las partes y la realidad práctica de la que se parte, lo aconseje, pero ni evitan los riesgos para el cedente que sigue sin estar desprotegido, ni fiscalmente son más favorables. Por ello mantenemos que es la cesión de solar o de cuota, mediante la constitución de una comunidad de promoción la figura que apreciamos más interesante.

4º Finalmente la tercera posibilidad estaría formada por los múltiples supuestos de cesión de solar a cambio de obra futura. Aquí quedaría englobada la cesión clásica, de

solar a cambio de obra futura sobre el mismo edificio. También puede ocurrir que el edificio en el que se integrarán las viviendas o locales objeto de esta permuta no se construya sobre el solar permutado, sino sobre otro, o que dicho solar se una a otros para una actuación integrada.

Otras posibilidades ofrecidas se basan en la atribución de un derecho de vuelo, o incluso de sub o sobre edificación. Bajo esta perspectiva, si se admite la constitución de los derechos de sobre y sub-edificación sobre fincas sin edificar, puede conseguirse la misma finalidad que persigue el contrato de cambio de solar por edificación futura pero ofreciendo mayor equilibrio entre los intereses concurrentes, es decir, entre el interés del propietario del solar y del constructor. Con esta alternativa, el propietario del solar no perdería la propiedad de la finca, lo que le protege de cara a los problemas que pudieran generarse en la relación, y el constructor adquiriría un derecho real sobre cosa ajena sobre el que, perfectamente podría constituir una hipoteca. Por otra parte, la ejecución de la hipoteca no alteraría la situación del concedente del derecho, dado que quien resultaría adjudicatario del derecho de sobre-edificación o sub-edificación estaría obligado a edificar en los mismos términos a que lo estaba quien hipotecó. Salvando el inconveniente de que estos derechos presuponen su constitución sobre un edificio.

En conclusión, como señalábamos inicialmente, son casi ilimitadas las fórmulas que pueden adoptarse para conseguir fines análogos a los de la cesión de solar a cambio de obra. Si partimos de los cuatro grandes grupos en los que las hemos sintetizado, podemos observar que con el primero de ellos, la fórmula de la aportación, encajan mejor los supuestos de hecho en los que son varios los terrenos en los que se va a llevar a efecto la aportación, de ahí que incluso este grupo entronca con los supuestos de comunidad o sociedad, por el fin de llevar cabo una construcción y repartir el resultado de lo obtenido.

Personalmente entiendo que la fórmula de cesión de solar a cambio de pisos o locales o de obra futura, bajo el paraguas de la permuta es la más fiel a la realidad si el contrato no tiene otras connotaciones, y también por ende la más fácil de articular y de minimizar los litigios ante dificultades de interpretación. Ello no obstante, no podemos olvidar la finalidad que también busca este negocio, de encontrar una manera de llevar a

cabo en comunidad una construcción y de conseguir, con la ayuda del gestor de comunidades, una edificación que luego se atribuya en propiedad o régimen de propiedad horizontal, a los primitivos dueños. Desde este punto de vista, la autoaportación, o aportación del suelo por varios propietarios a una comunidad donde la construcción se lleve a cabo de manera conjunta por los interesados, y se atribuya la propiedad de cada piso o local a su respectivo titular en propiedad separada, entiendo que es más beneficiosa porque además de respetar el equilibrio entre los contratantes, cumple una función social que es muy destacable.

IV. Vigencia real del artículo 13 RH.

La legislación con la que cuenta esta figura sigue siendo escasa, la pretensión del RD 1867/98 si bien desde un punto de vista clarificador era loable, lo cierto es que debió reformarse primeramente, y sigue siendo un reto, la misma Ley Hipotecaria. Su vinculación con el urbanismo, con la ordenación de la edificación, y con el ámbito civil e hipotecario, hacen imprescindible esta nueva articulación. Sin olvidar que el artículo 13 RH tras la STS de 31 de enero de 2001 ha quedado prácticamente vacío de contenido.

De *lege ferenda*, proponemos en primer lugar la inclusión en la Ley Hipotecaria de la tipicidad del negocio de cesión de solar a cambio de obra, para terminar admitiendo su inscripción siempre que concurren los requisitos necesarios para que la obra futura pueda ya ser reconocida como finca, y admita la posibilidad de identificación perfecta.

Entendemos que debe admitirse expresamente la inscripción del piso futuro, cuando conste la Declaración de Obra Nueva en construcción en base a proyecto y licencia y la correspondiente constitución de propiedad horizontal con adjudicación de pisos conforme artículo 8.4º L.H., y 20 Texto Refundido de la Ley del Suelo.

V. Elementos

Tras el análisis de los elementos personales reales y formales del contrato, entendemos que la gran variedad en relación a los elementos reales es la que lleva a que

puedan tener cabida, las diferentes formas de cesión, bien sea de solar, de vuelo, de aprovechamiento urbanístico, de cosa ajena, o de otras modalidades.

Destacamos que la adecuada determinación del objeto constituye un instrumento de protección de Justicia contractual al evitar la arbitrariedad de una de las partes. El principal problema es que la indeterminación favorece al cesionario o constructor, que finalmente es quien tiene que cumplir con la obligación de entregar los pisos o locales, y además puede ser perjudicial para el cedente u otro adquirente de un inmueble

En cuanto a la posible forma del contrato, mientras en otros ordenamientos, como el italiano, el contrato de cesión de suelo por obra requeriría una forma escrita *ad substantiam*, en el nuestro no está sujeto a forma solemne, de acuerdo con el principio espiritualista que preside el derecho de contratos (art. 1278 CC). De aplicarse las reglas sobre permuta, pueden distinguirse dos grupos de ordenamientos: unos que exigen una forma solemne para ella, como el alemán, y otros que no como, además del español, el francés, o el austriaco. Lo que sí es cierto es que el otorgamiento de escritura pública permitirá al cesionario inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad (art. 3 LH), y con ello hipotecar el solar. Además facilitará la prueba del contrato.

Dentro de los elementos accidentales que hemos estudiado, merece destacarse el término. En relación a la posible inclusión de un término, en la cesión de suelo por obra futura, existen opiniones distintas. Para una parte de la doctrina, toda permuta de cosa futura es un contrato sometido a término y, por tanto, en defecto de fijación por las partes de un término esencial, se aplicaría el art. 1128 CC. Esta postura, defendida entre otros por MERINO HERNANDEZ, es conforme con la que entiende que la compraventa de cosa futura tiene siempre un plazo implícito. Las partes deberían fijar un plazo concreto para que la cosa futura, en este tipo de permuta, la edificación futura, adquiera existencia; en caso de no haber sido fijado éste plazo o término por las partes, entiende este autor aplicable el artículo 1128, de modo que el plazo a requerimiento de cualquiera de las partes podrá ser fijado por los tribunales. Para otra parte de la doctrina, aquella idea no puede compartirse, aunque las partes son libres de pactar el término que estimen conveniente. Bajo esta opinión, seguida por autores como LUCAS FERNANDEZ, al

igual que la compraventa de edificio futuro, no puede decirse que el negocio se encuentre sujeto a término. Mantenemos esta postura también fundamentalmente al entender que el cesionario, está obligado desde ya a desplegar, una actividad que permita conseguir la construcción del edificio a que viene obligado antes de cierta fecha. Por tanto, el posible plazo de edificación, es un plazo de ejecución de las prestaciones, no de eficacia del negocio, siendo además un requisito que viene impuesto por la naturaleza misma del objeto del contrato de permuta, (o en su caso compraventa de cosa futura), por tanto debe ser considerado como esencial al negocio y no accidental. Esta segunda opinión a nuestro parecer parece más acertada, porque aunque la ejecución de todo contrato, y no sólo los que recaen sobre cosas futuras, necesita un desarrollo en el tiempo, la construcción no es un hecho que haya de cumplirse necesariamente (hay *un incertus an incertus quando*). Es decir entendemos que no es un término para que el contrato surta efecto, sino en todo caso para la ejecución o cumplimiento del mismo.

Diferente a ello, es el caso en que las partes hayan señalado un plazo determinado para dar inicio o fin al cumplimiento de las estipulaciones. Piénsese en un término a partir del que se entiende producida la condición, o en un plazo para entregar al cesionario la edificación futura al cedente. El término en la cesión de suelo por obra puede tener carácter suspensivo o también final.

También podrá incluirse en el contrato una condición. La condición será inscribible en el Registro siempre que su cumplimiento determine una modificación en la titularidad del derecho real. La condición puede ser suspensiva o resolutoria, en función de la eficacia suspensiva o resolutoria que pretenda. En las suspensivas el despliegue de efectos del negocio jurídico condicionado dependerá del cumplimiento de la condición, de suerte que si la condición no se realizara el negocio quedará ineficaz. En las condiciones resolutorias, la eficacia del negocio condicionado cesa al verificarse la condición, por el contrario surte sus efectos en tanto la condición no resulte cumplida, si bien sujetos a la posibilidad de su cumplimiento.

En conclusión, la admisión de la inscripción de las condiciones suspensivas y resolutorias con el acto condicionado, esta reconocida en los artículos 9º, 2ª de la Ley

Hipotecaria, y 51. 6ª del Reglamento Hipotecario, pero lógicamente siempre que se trate de acto inscribible, y que la condición influya directamente en los efectos del mismo. No son inscribibles los actos sujetos a condición suspensiva o resolutoria con trascendencia meramente obligacional, (lo que en Alemania según Wolf se haría mediante el juego de las anotaciones preventivas).

La inclusión de una cláusula penal, permite garantizar en mayor medida el cumplimiento de las obligaciones, sin que se exija la intervención de un tercero, ni la constitución de un derecho real. Con ella, se refuerza el vínculo contractual y se establece una indemnización convencional para el caso de incumplimiento, debido a su doble función: coercitiva, al ser estímulo para el cumplimiento de las obligaciones, y liquidadora, ya que facilita la liquidación de unos eventuales daños y perjuicios

VI. Obligaciones de las partes

La principal obligación del *cedente* es la transmisión del solar a favor del cesionario. Pero la transmisión de la posesión al favor del cesionario llevará consigo tanto el traspaso de la posesión material de la finca, como determinadas obligaciones a cargo del cedente necesarias para legitimar la labor que efectuará el cesionario. Esta obligación de colaboración, es imprescindible sea cual fuere la modalidad de contrato seguida, si bien en los supuestos en los que no se transmite la propiedad, se hace aún mucho más importante.

Esta obligación es exigida por el TS en la STS de 5 de junio de 1987 donde se reconoce que el cedente está obligado a no realizar nada que pueda perjudicar el desarrollo de la obra, y a transmitir la tenencia completa del solar objeto de cesión.

En la legislación catalana (LCF) se reconoce expresamente la transmisión de parte de edificabilidad, llamada cesión de cuota de edificabilidad. Nos encontramos con una figura que posiblemente recuerde al que en su momento estableció el actualmente anulado art. 13 II RH in fine. También en aquel supuesto existía una comunidad, llamada “especial” (art. 13 I RH), entre las partes, y no se requería un acto adicional de tradición

de viviendas o locales, sino que el cedente los adquiriría paulatinamente. Sin embargo la diferencia primordial entre ambos supuestos estriba en el art. 13 RH pensaba fundamentalmente en cesiones de suelo, no en cesiones de edificabilidad, como sí hace el legislador catalán.

Por ello, quizás, como ya se ha señalado, uno de los puntos de máxima relevancia en esta regulación es determinar qué se entiende por “edificabilidad”. La Ley Foral Catalana no define este término, pero se podría entender que se refiere a los supuestos de cesión de derechos de superficie o vuelo, pues ambos permitirían conseguir un resultado prácticamente idéntico a la cesión de la propiedad de suelo a cambio de viviendas o locales a construir. Desde este punto de vista, es cierto que estos derechos no siempre comportan que nazca una comunidad sobre el suelo (art. 2.1.b) in fine LCF) al mismo tiempo que el cedente los cede, cosa que sin embargo aquí sí sucede, ya que no podemos olvidar que el mismo artículo 1 parte del requisito de que las partes se han constituido en propiedad horizontal.

Quizá en este punto el legislador catalán ha tratado de dar plasmación legal, al fenómeno que dentro del mercado inmobiliario se está produciendo, donde el elemento de valor es la edificabilidad y no es tanto la porción en sí misma del solar.

La finca o solar deberá estar libre de gravamen, o carga. Por lo que el problema se plantea si existe una carga, fuera anterior, y de haberla conocido no hubiera contratado el cesionario. De la redacción actual del artículo 19 L.S., a diferencia de la versión originaria del texto Refundido de 1992, se observa que será necesario el requisito de inscripción registral para que los compromisos que el anterior propietario hubiera adquirido con la Administración urbanística competente vinculen al nuevo propietario.

También es de destacar que la obligación de incluir en la escritura la situación urbanística de la finca, dará lugar en caso de incumplimiento, a que el comprador pueda pedir la rescisión del contrato en el plazo de cuatro años (plazo que ha sido ampliado respecto al de un año, en su redacción inicial) y la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la legislación civil. Por tanto, si la finca se cede con omisión de su carácter

no edificable, o incluso con engaño manifiesto mediante la calificación de edificable cuando no lo es, estaremos ante una cesión que debe considerarse anulable. La jurisprudencia en estos casos ha recurrido a dos vías, bien a la admisión del error (STS de 27 de mayo de 1983) y del dolo, o bien a la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones.

La principal obligación del *cesionario* es la entrega de cosa futura. En el Derecho Romano, no encontramos una construcción teórica general sobre la compraventa de cosas futuras, pero se recogieron dos modalidades de compraventa que sí encajan en el concepto de compraventa de cosa futura: *la emptio rei speratae* y *la emptio spei*. Según señala ROGEL VIDE la diferencia fundamental entre ambas modalidades consiste en que en la *emptio rei speratae* la perfección tendrá lugar cuando la condición se cumpla, esto es, cuando la cosa esperada adquiere existencia o nazca. Desde entonces los riesgos de la cosa pasarán al comprador, si bien éste último salvo pacto en contrario, sufrirá la pérdida en caso de que no tuviere culpa el vendedor.

En cuanto a la obligación de entrega de la propiedad. La doctrina se encuentra dividida entre aquellos autores que aplican la tesis de la eficacia transmisiva diferida a la escritura pública, como SERRANO CHAMORRO, que mantienen la imposibilidad de que sobre bienes futuros puedan existir derechos reales, y niegan su transmisibilidad hasta su existencia real, pero entendiendo que en este momento ya no será necesaria una segunda escritura, sino que basta la otorgada para que se produzca la traslación de la propiedad una vez terminada la obra. El problema que a nuestro parecer se encuentra en esta tesis es que no se producen efectos retroactivos, y por tanto los riesgos antes mencionados para el cedente, siguen existiendo.

Por otro lado, autores como SERRANO GOMEZ defienden la tesis por la que la escritura permite directamente la adquisición actual de un derecho real sobre un inmueble futuro, y ello sin desvirtuar nuestro sistema de adquisición basado en la teoría del título y el modo. Para este sector doctrinal, cuando el piso o local esté meramente proyectado conforme a planos que permitirían la constitución de la propiedad horizontal sobre el inmueble, éste piso o local ya existe, lo que permitiría que la *traditio* se llevara a cabo

mediante la escritura pública, momento a partir del que debe entenderse producida la transmisión del dominio o derecho de que se trate, y despliegue sus efectos, haciendo innecesaria una segunda escritura pública. En caso de admitir que cabe constituir un derecho real sobre un bien futuro, y por tanto atribuir el valor traditorio a la escritura de transmisión de los pisos o locales futuros, deben concretarse los requisitos que deben darse para que la escritura pueda producir efectos traslativos del dominio. Estos requisitos entendemos que serán: que conste la voluntad inequívoca de las partes de transmitir la propiedad, y que el objeto, obra, piso o local, esté perfectamente identificado.

Por tanto, en este primer caso, mediante la división horizontal se ha determinado ya los pisos o locales en construcción, de manera que su constitución para poder formalizar la cesión de finca ya no supone problemas, pues no es cosa futura; sino que podrá transmitirse por la eficacia traditoria de la escritura de permuta de suelo a cambio de obra. Así cedente y cesionario podrían otorgar la declaración de obra nueva y la división horizontal, aun cuando la obra no haya empezado, siempre que esté proyectada. El segundo caso lo encontramos cuando no concurren los requisitos de la propiedad horizontal, pero sí tenemos una situación de prehorizontalidad. En esta fase, según el artículo 8.5 LH, los pisos o locales no pueden inscribirse como finca independiente, hasta no tener la división horizontal; pero de conformidad con el artículo 8.4 LH estos pisos y locales pueden hacerse constar en el folio registral abierto al solar.

La jurisprudencia, ha ido variando su posicionamiento, y así podemos mencionar sentencias como la de 1 de julio de 1992, donde encontramos un solar sobre el que se proyecta una construcción autorizada comprensiva del local enajenado, pendiente de su configuración definitiva exterior, una vez se llevara a cabo la edificación. Por tanto la existencia material del objeto se condicionaba a su construcción y en el momento de la perfección del contrato se da como hecho futuro pendiente de consolidación.

Por otro lado, también destaca la STS de 8 de marzo de 1995, refiriéndose a la transmisión de locales comerciales en edificio en construcción, donde ya existía régimen de propiedad horizontal, proyecto técnico, y en consecuencia objeto futuro pero plenamente determinado. El hecho de atribuir efectos traditorios a la escritura de cesión

de solar por obra futura, no hace más que proteger mejor los intereses del cedente, al minimizar o hacer desaparecer los peligros para el cedente, del periodo intermedio, reforzamiento ante posibles embargos de terceros por créditos posteriores al otorgamiento de la escritura pública o transmisiones del cesionario a terceros no protegidos. Ya que con ello se permite al cedente ejercitar tercería de dominio o acción reivindicatoria. Igualmente impide que el cesionario pueda hipotecar o gravar los pisos o locales que no le corresponden.

VII. Resolución del contrato por incumplimiento. Oponibilidad a terceros

En cuanto a la resolución en caso de posible incumplimiento del cesionario, como destacaba RODRIGUEZ GARCIA, existe una complementariedad entre los artículos 1124 y 1504 del C.c.. La misma jurisprudencia entiende que se produce una inserción del artículo 1504 dentro del contexto informado del 1124 C.c., de este modo ya que el artículo 1504 debe interpretarse en nuestro ordenamiento en consonancia con el 1124, sin que se excluyan entre sí, deben complementarse. El 1124 que se incardina en la parte general de las obligaciones, extiende su ámbito de modo peculiar y específico en el ámbito de la compraventa con el artículo 1504.

En todo caso, para que la condición resolutoria explícita ex artículo 1504 c.c. pueda llevar a la reinscripción a favor del cesionario se requiere, la aportación del título de transmisión, que conste la notificación notarial o judicial hecha al cesionario, sin que conste oposición del mismo, y la efectiva consignación.

Para que la cesión a cambio de obra futura pueda ser opuesta al acreedor hipotecario ajeno al contrato celebrado entre las partes, se exige una configuración registral como tal carga real. En definitiva, no está expresamente pactada la condición resolutoria automática, por lo que nos encontramos ante una acción para ejercitar la facultad de resolver las obligaciones recíprocas, prevista en el artículo 1.124 del Código Civil en relación al art. 6 de la Ley 23/2001, y que expresamente se previó en la escritura de permuta y por ello tuvo acceso al Registro de la Propiedad y ello no supone desconocer que la doctrina y la jurisprudencia aluden a la innecesariedad de utilizar expresamente el

término condición para tenerla como puesta, otra cosa es su trascendencia real que no se deriva del pacto contenido en el Registro de carácter meramente obligacional y potestativo que no puede ser opuesto a tercero, unido a la autorización sin limitación alguna para hipotecar que se contiene en la mismo título inscrito, lo que confirma la ausencia de trascendencia real de la clausula que se pretende aplicar como resolutoria de carácter automático.

VIII. Momento en que se entiende producida la transmisión de propiedad.

En relación a la *transmisión del suelo*, salvo que se pacte otra cosa, en el contrato de cesión de solar a cambio de obra futura la adquisición de la propiedad del solar no se producirá de modo automático. Sin embargo debe recordarse que lo habitual sí es el pacto por el que las partes acuerden que dicha transmisión se lleve a efecto desde el inicio.

No obstante como la permuta no agota las diferentes fórmulas que para el negocio de cesión de solar a cambio de obra pueden darse, lo cierto es que el esquema cambiará en ciertos supuestos. Así puede observarse que si se cede una cuota indivisa a cambio de pisos o locales a construir en el solar. La titularidad de la cuota se transferirá cuando lo pacten las partes, normalmente por tradición instrumental. Si lo que se cede es el derecho de vuelo, o el derecho de superficie, también habrá que estar a lo dispuesto entre las partes, pero lo más habitual es que dichos derechos se constituyen desde dicho momento a favor del cesionario que en este caso no adquiere la propiedad. Por último también cabe la posibilidad de encargar la construcción de un edificio entregando a cambio al constructor pisos o locales de dicho edificio a construir; esta configuración se sale del esquema de cesión, pues realmente es un contrato de obra en el que el precio consiste en la entrega de pisos o locales, por ende no hay verdadera permuta y no hay entrega de propiedad del solar en ningún momento.

Existen varias fórmulas en las que el cedente no se desprenderá inicialmente de la propiedad del terreno, o al menos no de toda la propiedad. Mediante la fórmula negocial en la que el cedente transmite una cuota abstracta sobre la finca al constructor quien se obliga a levantar en el inmueble un edificio parte del cual corresponde al cedente. En

nuestra opinión, como ya hemos puesto de manifiesto, son muchas las ventajas de acudir a esta forma de contratar. Desde un punto de vista económico es la fórmula más lógica ya que evitaría la doble transmisión de la parte de la finca que finalmente pertenecerá al cedente, sin enumerar la mejor protección de los intereses del cedente.

Con esta modalidad, por la que nos decantamos, se crea desde el inicio, por vía convencional una comunidad ordinaria. Siendo pues el suelo un elemento en comunidad y llevando a cabo la construcción el cesionario posteriormente, la accesión interviene a favor de la comunidad, y todo lo construido pertenecerá en pro indiviso a los comuneros en proporción a sus cuotas. También cabría, y consideramos muy conveniente, que cedente y cesionario puedan acordar y determinar desde el principio las dependencias, pisos o locales, que pertenecerán posteriormente a cada uno, de tal manera que vaya adquiriendo cada uno la propiedad exclusiva de las mismas a medida que se van construyendo. De este modo como se pone de manifiesto, dos son las fórmulas de adquisición de la propiedad en la cesión de cuota por obra. Por un lado, mediante la división del edificio común y posterior adjudicación a cada condueño de los pisos o locales que le correspondan según su participación. Por otro lado la adquisición directa de cada uno de ellos del dominio exclusivo de la parte que le corresponde sobre lo construido. Pero en ambos casos, nos encontramos con que no hay transmisión de la propiedad de los pisos o locales del cesionario al cedente, ambos adquieren a título originario los inmuebles que le corresponden según su participación.

En cuanto a la *transmisión de la propiedad de los pisos o locales*, el TS ha admitido que la escritura publica tenga efecto traditorio en caso de la cesión de suelo a cambio de obra, si no existe voluntad en contrario. El problema está en determinar si siempre puede producir este efecto, y operar como tradición instrumental o no cabe cuando los bienes son indeterminados o futuros.

El TS y la doctrina coinciden en exigir que para que la escritura publica tenga efecto traditorio, es necesario que el objeto a transmitir sea determinado suficientemente y existente, aunque el grado de existencia puede ser mínimo. Incluso la falta de materialidad del piso o local se podría suplir por su constancia registral, de modo que aunque los pisos

o locales no tengan existencia real aun, el Registro los puede hacer cognoscibles a terceros, y les dé la consideración de fincas registrales, conforme el artículo 8, párr. 4º, y 5º de la LH.

Inscrita la división horizontal, no se advierte ya problema para que la escritura publica de cesión o permuta transmita la propiedad de los pisos o locales al cedente.

Sin embargo este problema tampoco lo encontraremos con la opción de cesión de una cuota de solar a cambio de la obra, que a nuestro parecer mejor protege los intereses del cedente en caso de presentarse alguna situación conflictiva. En este supuesto con el contrato seguido de la tradición de la cuota cedida, la finca pasará a pertenecer en pro indiviso al antiguo dueño y al constructor, de modo que se crea una comunidad regida por las normas de los artículos 392 y ss. del Código civil. Este hecho permite que por el juego de la accesión lo que se construya pertenecerá también pro indiviso a los dos comuneros en proporción a su cuota. Este es el supuesto contemplado por la Resolución de 16 de mayo de 1996, en la cual el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico que se entiende complejo y en proceso de transformación, que implicaría la participación, por la cuota que se le asigne al piso, en la comunidad que recae sobre el solar; a la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio del régimen de propiedad horizontal y a convertir aquella cuota en la propiedad separada del piso o local.

IX. Garantías

Se han analizado las garantías en el derecho comparado, especialmente significativas en el Derecho alemán, donde destacará la anotación preventiva.

Hemos observado como la desprotección de la posición del cedente lleva a completar el contrato, bien permitiendo su acceso al Registro al reconocer desde el inicio un derecho real a favor del mismo, bien mediante, otras garantías, como el aval, caución, servidumbre, etc.

Otra posibilidad es la inclusión expresa de una cláusula resolutoria, en cuyo caso como indicamos inicialmente, ante el incumplimiento del cesionario, podrá instarse la resolución del contrato tanto en los casos de incumplimiento total, como la falta de entrega o de realización de la obra, como en los que la gravedad del cumplimiento defectuoso lo justifique.

En todo caso ya estemos ante la resolución derivada del artículo 1124 C.c., o la que vendría de la condición resolutoria expresa ex. artículo 1504 C.c., se plantea el problema de cómo llevar a la práctica esta resolución. Desde luego se debe proceder a la restitución recíproca de lo entregado, y el problema que ya de inicio se plantea, como ya señalábamos es que ocurrirá con las construcciones iniciadas y no terminadas, donde habrá que acudir a las normas que rigen la accesión. Será pues de aplicación el artículo 361 del C.c., pudiendo el dueño del terreno hacer suya la obra previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, u obligar al constructor a pagar el precio del terreno. En todo caso se parte del presupuesto de que el valor mayor lo tiene el terreno, pero puede desde luego ocurrir que sea la edificación la que tenga económicamente mayor valor, en cuyo caso deben reconsiderarse los criterios de la accesión y flexibilizarse.

X. Incumplimiento y efectos

En el trabajo se analizan los posibles incumplimientos mas comunes, y sus efectos.

En caso de retraso de entrega de los pisos futuros, distinguimos entre los retrasos que sí pueden calificarse de “resolutorios” y los que no, siempre y cuando la entrega de la cosa o cumplimiento de la prestación sea todavía posible o mejor dicho idónea para satisfacer el interés del acreedor. De tal modo que si la prestación no cumplida deviene imposible o inidónea, el retraso llevará aparejada la resolución contractual; caso típico de las obligaciones con término esencial. Un mero retraso en la entrega, que no ha causado frustración del contrato, no implica incumplimiento contractual.

En todo caso el tiempo para el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda no puede ser indefinido ni quedar al arbitrio de una de las partes, en estos supuestos su señalamiento correspondería a los Tribunales.

En ocasiones es difícil de advertir la diferencia que podría llevar a un incumplimiento total del contrato, y la que supondría por la concurrencia de un vicio, un cumplimiento defectuoso.

En función del momento en que se plantee la resolución la situación llevará connotaciones distintas.

Si la resolución se plantea cuando aun no se ha comenzado la edificación, no habrá mayor dificultad, y el cesionario deberá entregar el solar, también devolver complemento en dinero si lo hubo, y abonar la indemnización de daños y perjuicios si procediera. Este es el caso de falta de entrega, aun antes de empezar la construcción de la obra, debido a la imposibilidad urbanística devenida. Es decir, las causas por las que se produce el incumplimiento del cesionario, pueden ser imputables al mismo, o como ya dijimos causas ajenas.

Si a consecuencia de causa ajena, no puede empezarse la construcción nos encontraremos como no podría ser de otra forma con una causa de resolución. Si el cedente opta en tal caso, por hacer que el cesionario compre el solar, bastará valorar este solar al tiempo en que se produce la resolución. Si el cedente optare por hacer suya la obra, el juego de los artículos de la acción mencionados, llevarían a tener que abonar al cesionario de buena fe los gastos necesarios y útiles, o a elección de aquel, el incremento del valor del terreno; los de puro lujo o recreo, no son abonables, pero si fuere posible podrá retirarlos en cesionario salvo que el cedente prefiera abonar su valor.

Por otro lado, cabe también que la entrega de los pisos se efectúe, pero estos sean de menor calidad. El cesionario debe ejecutar la obra según lo convenido en el contrato, por tanto si fueren los pisos de calidad inferior o con defectos, dado que indudablemente no se ha obtenido el resultado previsto, no se entiende cumplida su obligación. Pero como

es obvio habrá supuestos de incumplimiento esencial, y otros, como deficiencias de la obra que no siendo incumplimiento esencial no es un cumplimiento adecuado. La solución en cada caso pasará por valorar las imperfecciones y determinar si es útil para su destino, y siendo así acordar una disminución proporcional en el precio, en razón a las deficiencias o defectos.

La naturaleza de crédito refaccionario le permitirá ser privilegiado, y hacer efectivo su derecho frente a cualquier otro acreedor no privilegiado, conforme el artículo 1923.5° del Código Civil, y ello tanto en el caso de estar anotado en el Registro de la Propiedad como de no estarlo. Si el conflicto se produce entre acreedores privilegiados, sí tendrá importancia que éste crédito haya accedido al Registro. De esta manera por el juego de los artículos 1923 y 1927 del C.c., resultará que si ninguno ha sido anotado ni inscrito, la prelación entre ellos será por orden inverso a su antigüedad, es decir el último será preferido al primero. Si se trata de créditos refaccionarios anotados o inscritos en el Registro, se aplica la regla *prior tempore, potior iure*, pues el crédito anotado se considera a todos los efectos como un crédito hipotecario.

Por otro lado, también resulta de interés advertir si el cedente, puede ejercitar una tercería de dominio ante un embargo de tercero, sobre los pisos o locales futuros, en que consiste la prestación del cesionario a favor del cedente. Dada la importancia que tiene el momento en que entendemos transmitida la propiedad, debe advertirse que una vez se ha producido la entrega, u otorgado la escritura pública con efecto traditorio, ya no se plantea discusión, el problema se centra en el periodo anterior, y siempre que no se admita que también pueda ejercitarse esta acción por el titular de otros derechos de crédito, no solo de la propiedad.

XI. Efectos tributarios

La cesión de solar a cambio de obra, implica una transmisión de inmuebles que esta sujeta a IVA. Donde el hecho sujeto a gravamen no es el compromiso de entrega sino la entrega en sí misma (arts. 4 y 5 LIVA). Esto es, si finalmente no se produce la entrega, no existe hecho imponible y no se habrá producido el devengo (ni anticipado) del

impuesto, puesto que el devengo anticipado no es una obligación autónoma sino que necesita que en algún momento posterior se realice el hecho imponible y, con él, el nacimiento de la obligación tributaria.

La escritura de entrega de obra en construcción supone el devengo del impuesto municipal del incremento del valor de los terrenos para el transmitente y el gravamen por el ITPAJD - AJD para el adquirente de la edificación. A nuestro parecer no se produce un nuevo devengo del IVA puesto que dicho impuesto ya devengó en su día con el otorgamiento de la escritura de permuta, y por tanto no será necesario realizar ninguna actuación posterior.

Sin embargo, esta última afirmación merece alguna observación. Cuando la edificación comprometida fuera una vivienda y dicha entrega hubiera estado sujeta al tipo del 7 por ciento, la sustitución del objeto de la prestación por una edificación en construcción supone una modificación en el tipo impositivo aplicable, puesto que, si la vivienda no está finalizada, no es susceptible de ser usada como tal y, en consecuencia, esta entrega de bienes no está dentro del ámbito de aplicación del artículo 91.1 de la Ley del IVA, por lo que el tipo aplicable será el general. Si existe obligación de realizar una ejecución de obra a cargo de la promotora consistente en la terminación de la edificación, esta operación es una prestación de servicios sujeta al tipo general, puesto que el destinatario de la prestación no tiene, a priori, la condición de promotor. En tal caso, deberá procederse a la rectificación de la factura inicialmente emitida, y a sujetar la operación al tipo general del 21 por ciento.

En conclusión si seguimos la tesis tradicional, entendiendo que en la fecha de la permuta se adquieren la edificaciones futuras, se valorará desde este momento la operación conforme el artículo 15.2. Si por el contrario se sigue la postura minoritaria y entendemos que el cedente no adquiere nada inicialmente, no cabría aplicar esta regla de valoración.

Esta diferencia de planteamiento afectará tanto al impuesto de sociedades, como al IVA.

En la transmisión del solar, la postura de quienes defienden la teoría de las permutas sucesivas, lleva a postular por una liquidación definitiva del IVA en la primera permuta, y en la segunda otra liquidación definitiva también por el nuevo hecho imponible.

En la transmisión de las edificaciones, no se liquidará hasta que no haya habido entrega, lo que dependerá nuevamente de la postura que sigamos.

Como hemos visto la técnica de rectificación ha sido uno de los aspectos más criticados del régimen de IVA, y precisamente ha sido lo que motivó el Dictamen de 2 de abril de 2008, por el que la Comisión Europea solicitó a España que modificara esta práctica administrativa, ya que lo relevante para el IVA es que se produzca la entrega de bienes en los términos de la normativa del impuesto, no teniendo importancia el hecho de que la entrega se efectúe como contraprestación de otra entrega de bienes.

El Tribunal Supremo, en la STS de 19 de marzo de 2009, sostiene que el devengo se entiende producido con la firma de la escritura pública de permuta, las contraprestaciones de las partes estaban determinadas, lo que implicó que en el momento del devengo se perfeccionó el contrato, y se produjo entrega de bienes.

Consecuentemente en la actualidad la jurisprudencia entiende que sólo debe tomarse como referencia para el cálculo de la base imponible un momento temporal, y ese momento es la fecha en que se concluye la permuta, es decir se produce la operación y el intercambio de bienes; incluso aunque uno de ellos aun no sea haya materializado en un bien físico.

XII. Consideraciones y conveniencia del contrato de cesión de suelo por obra futura.

Es evidente la notoriedad de esta figura, bajo las distintas manifestaciones, especialmente en la última década, bajo la figura de cesión de solar a cambio de obra, o de cuota de solar a cambio de obra.

Actualmente entendemos se ha producido, tras la crisis económica de la presente década, un resurgimiento de esta figura, siendo razonable pensar que su aplicación práctica irá en aumento a tenor de las estadísticas.

Las formas que puede revestir como ya hemos indicado son múltiples, no obstante el hecho de carecer de una regulación unitaria, y salvo supuesto de puesta en común, de modo genérico podemos aproximar este negocio a la permuta, por ser el contrato con el que guarda más analogía. De ahí que junto a la reducida regulación contenida en el artículo 13 RH, se han ido analizado las normas de la permuta en aras de determinar supletoriamente en defecto de pacto, su regulación legal.

Los mayores problemas jurídicos los encontramos a la hora de determinar el momento de adquisición de la propiedad por parte del cedente, ya que el cesionario debe entregar una cosa futura, los pisos o locales a construir, de ahí que se han analizado las diferentes posiciones doctrinales, llegando a la conclusión esta autora de admitir que desde el momento que están perfectamente definidos en la edificación proyectada, estos pisos o locales podrán tener acceso al Registro y entender producida la entrega.

El modelo de cesión de suelo a cambio de obra futura, genera grandes riesgos, tanto para el cedente, como para el cesionario. El cedente arriesga, pues su contraprestación como sabemos es futura y por tanto dilatada en el tiempo, podría pasar a manos de un tercero, y depende de factores que escapan a su control (concesión de licencia, solvencia del constructor, adecuada ejecución, cumplimiento de plazos...). El cesionario, se arriesga a perder la inversión realizada si el cedente resuelve por incumplimiento, aunque ya hemos recordado el abanico meramente enunciativo de posibles garantías para el cesionario; así como las alternativas posibles para adelantar la transmisión de la propiedad de los pisos a manos del cedente. Proponemos dos opciones alternativas que en nuestra opinión, no por ello mejor fundada, contemplan estos riesgos y los reducen, faltos de una regulación completa de la figura y sus garantías.

En primer lugar, una garantía directa para el cedente, sería acudir a la figura del aval, el modo más económico de conciliar las posiciones, sería la cesión de la propiedad

del solar por el cedente a cambio de la prestación por el cesionario de una garantía propia e independiente, como un aval bancario a primer requerimiento del cedente, de manera que como hemos visto el banco una vez recibida la reclamación de éste y sin posibilidad de discutir el origen del incumplimiento, se obliga a pagar, o de modo análogo mediante la constitución de un seguro de crédito y caución exigible también a primer requerimiento del cedente.

En segundo lugar, una construcción del negocio que entendemos mas ajustada al orden social y a la finalidad que debe cumplir la propiedad, es la constitución de una comunidad entre cedente y cesionario desde el inicio, esto es, la autopromoción en comunidad.

La vía de la comunidad tiene además varias manifestaciones. Cabe en primer lugar, que sean varios los solares que forman parte de la unidad de actuación, en cuyo caso el contrato ya no es una cesión simple de suelo o cuota del mismo a cambio de obra, realmente aquí sí nos encontramos con varias aportaciones de solar a esta comunidad que se constituye para la edificación de lo que luego será un conjunto de pisos o chalets, cambio de participaciones en esta comunidad, con un pacto de división, y adjudicación de los pisos o locales o chalets, etc. en la forma y manera convenida.

Esta es la figura utilizada a partir de los años setenta, llamada “comunidad valenciana”: y en ella al quedar fuera de la ecuación el interés de enriquecimiento rápido del cesionario, o la especulación inmobiliaria, y tener todos los implicados unos mismos intereses y riesgos, las garantías del éxito en la empresa son mayores. Interviene en estos casos un gestor, experto en la construcción, que hoy sería promotor delegado, o *project manager*, en quien la totalidad de los comuneros delegan la dirección, gestión y control de la obra, hasta su completa terminación y entrega. Estas empresas de profesionales, no corren el riesgo del promotor, ni tampoco ocupan la figura de la contrata, pero profesionaliza la figura, de modo que ya el promotor normalmente ajeno a la construcción, con otras ocupaciones, pasa a ser realmente un garante más de que la obra se está llevando a cabo correctamente, que la licencia se obtiene en plazo, que los materiales son los pactados, que la obra cumple las medidas de seguridad, y el personal

también, que los tiempos se cumplen, etc. El promotor delegado cubre estas funciones y también facilita el trabajo del constructor al no haber dilaciones en la toma de decisiones.

Terminada la obra, con la declaración de la obra nueva, la comunidad se divide, se adjudican los inmuebles en la forma pactada inicialmente, y si estamos ante un edificio o conjunto de inmuebles se procede a la transformación en propiedad horizontal, si bien físicamente se entiende que se produce previamente la disolución de la comunidad.

Si se trata de un único cedente, también podemos acudir a la modalidad anterior, pasando por una cesión parcial o de cuota del terrero al cesionario; la contraprestación a esta primera cesión requerirá de una garantía independiente, pero como ambos son copropietarios, volvemos a esquema anterior.

En conclusión dado que junto a los problemas derivados del posible incumplimiento contractual de las partes, el momento de determinación de la transmisión de la propiedad de la obra futura es la pieza clave en este panorama, junto a la alternativa señalada. En tanto en cuanto no contemos con una regulación en el ámbito civil, y registral, que se refiera a ello directamente, como la catalana, será conveniente acudir a figuras que o bien garanticen la efectividad de la contraprestación del cesionario y su entrega, o contemplen la transferencia dominical al cedente de los pisos o unidades de obra en el más corto plazo de tiempo posible, ya sea mediante la tradición simbólica, ya sea por la constitución temprana del régimen de propiedad horizontal.

Índice Sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 2 de abril de 1941 (RJ 1941, 493)
STS d 12 de abril de 1944 (RJ 1944, 435)
STS de 12 de abril de 1946 (RJ 1946, 418)
STS de 26 de octubre de 1956 (RJ 1956, 3414)
STS de 3 de octubre de 1963 (RJ 1963, 3964)
STS de 11 de mayo de 1964 (RJ 1964, 2338)
STS de 2 de diciembre de 1969 (RJ 1969, 5611)
STS de 6 de diciembre de 1969 (TOL4.275.187)
STS de 3 de junio de 1970 (RJ 1970, 2790)
STS de 2 de abril de 1971 (RJ 1971, 1565)
STS de 10 de octubre de 1970 (TOL4.284.278)
STS de 25 de octubre de 1971 (RJ 1972, 4462)
STS de 9 de noviembre de 1972 (RJ 1972, 4564)
STS 20 de febrero de 1973 (RJ 1973, 532)
STS de 28 de noviembre de 1973 (RJ 1973, 4340)
STS de 22 de mayo de 1974 (RJ 1974, 2097)
STS de 8 de noviembre de 1974 (RJ 1974, 4132)
STS de 15 de noviembre de 1974 (TOL4.253.615)
STS de 2 de enero de 1976 (RJ 1976, 22)
STS de 11 de febrero de 1976 (RJ 1976, 455)
STS de 17 de abril de 1976 (RJ 1976, 1811)
STS de 5 de marzo de 1977 (RJ 1977, 858)
STS de 30 de junio de 1977 (RJ 1977, 3497)
STS de 26 de octubre de 1977 (RJ 1977, 4018)
STS de 18 de noviembre de 1977 (RJ 1977, 4467)
STS de 26 de abril de 1978 (RJ 1978, 1457)
STS de 4 de mayo de 1978 (RJ 1978, 1640)
STS de 12 de febrero de 1979 (RJ 1979, 811)
STS de 8 de marzo de 1979 (RJ 1979, 867)
STS de 15 de marzo de 1979 (RJ 1979, 1204)

STS de 22 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1890)
STS de 20 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4446)
STS de 15 de febrero de 1980 (RJ 1980, 517)
STS de 31 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1233)
STS de 24 de marzo de 1980 (RJ 1980, 839)
STS de 9 de abril de 1980 (TOL1.740.745)
STS de 24 de mayo de 1980 (RJ 1980, 1963)
STS de 18 de noviembre de 1980 (RJ 1980, 4140)
STS de 30 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1139)
STS de 20 de abril de 1981 (RJ 1981, 1658)
STS de 20 de junio de 1981 (RJ 1981, 2533)
STS de 4 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4416)
STS de 30 de junio de 1982 (RJ 1982, 3449)
STS de 7 de julio de 1982 (RJ 1982, 4221)
STS 16 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5559)
STS de 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6941)
STS de 22 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1065)
STS de 10 de junio de 1983 (RJ 1983, 3517)
STS de 11 de julio de 1983 (RJ 1983, 4208)
STS de 24 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5340)
STS de 17 de febrero de 1984 (RJ 1984, 690)
STS de 1 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1194)
STS de 13 de junio de 1984 (RJ 1984, 3236)
STS de 2 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4752)
STS de 13 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4779)
STS de 28 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 6298)
STS de 30 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5691)
STS de 5 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6031)
STS de 5 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6033)
STS de 13 de julio de 1985 (RJ 1985, 4054)
STS de 3 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4570)
STS de 2 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6196)

STS de 24 de enero de 1986 (RJ 1986, 115)
STS de 24 de enero de 1986 (RJ 1986, 327)
STS de 6 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1008)
STS de 21 de febrero de 1986 (RJ 1986, 839)
STS de 30 de mayo de 1986 (TOL1.740.301)
STS de 17 de junio de 1986 (RJ 1986, 3570)
STS de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6024)
STS de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7676)
STS de 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7683)
STS de 27 de febrero de 1987 (RJ 1987, 1001)
STS de 13 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1480)
STS de 31 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1846)
STS de 13 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3855)
STS de 21 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3552)
STS de 5 de junio de 1987 (RJ 1987, 4042)
STS de 10 de junio de 1987 (RJ 1987, 4850)
STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987, 5793)
STS de 27 de julio de 1987 (RJ 1987, 5878)
STS de 10 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6933)
STS de 16 de noviembre de 1987 (RJ 1987,8403)
STS de 30 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8710)
STS de 30 de enero de 1988 (RJ 1988, 206)
STS de 12 de febrero de 1988 (RJ 1988, 941)
STS de 18 de abril de 1988 (RJ 1988, 3175)
STS de 26 de abril de 1988 (RJ 1988, 3279)
STS de 4 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3766)
STS de 17 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4312)
STS de 30 de julio de 1988 (RJ 1988, 6410)
STS de 11 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7410)
STS de 20 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7590)
STS de 20 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7592)
STS de 21 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7595)

STS de 17 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8603)
STS de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9431)
STS de 19 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9477)
STS de 23 de enero de 1989 (RJ 1989, 114)
STS de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1212)
STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2197)
STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2199)
STS de 21 de abril de 1989 (RJ 1989, 3248)
STS de 19 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3778)
STS de 30 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3900)
STS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4296)
STS de 6 de junio de 1989 (RJ 1989, 4300)
STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 5400)
STS de 20 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6945)
STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6976)
STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8825)
STS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 101)
STS de 10 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1685)
STS de 13 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1691)
STS de 11 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4151)
STS de 19 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3741)
STS de 7 de junio de 1990 (RJ 1990, 4741)
STS de 8 de junio de 1990 (RJ 1990, 4743)
STS de 9 de junio de 1990 (TOL1.730.251)
STS de 18 de junio de 1990 (RJ 1990, 4766)
STS de 7 de julio de 1990 (RJ 1990, 5782)
STS de 18 de julio de 1990 (RJ 1990, 5949)
STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7464)
STS de 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9219)
STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10286)
STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991, 101)
STS de 23 de enero de 1991 (RJ 1991, 311)

STS de 30 de enero de 1991 (RJ 1991, 349)
STS de 2 de febrero de 1991 (RJ 1991, 699)
STS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2210)
STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991, 2693)
STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023)
STS de 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3105)
STS de 24 de junio de 1991 (RJ 1991, 4659)
STS de 26 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8490)
STS de 10 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 8926)
STS de 30 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9607)
STS de 20 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2213)
STS de 7 de abril de 1992 (RJ 1992, 3031)
STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4130)
STS de 5 de junio de 1992 (RJ 1992, 5002)
STS 15 de junio de 1992 (TOL1.659.906)
STS de 27 de junio de 1992 (RJ 1992, 5562)
STS de 31 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8359)
STS de 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9582)
STS de 14 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10402)
STS de 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10664)
STS de 8 de febrero de 1993 (RJ 1993, 690)
STS de 24 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1249)
STS de 16 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2286)
STS de 12 de abril de 1993 (RJ 1993, 2996)
STS de 19 de abril de 1993 (TOL1.656.259)
STS de 3 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3400)
STS de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3459)
STS de 14 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3549)
STS de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3723)
STS de 12 de julio de 1993 (RJ 1993, 6008)
STS de 24 de julio de 1993 (RJ 1993, 6477)
STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 5232)

STS de 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6660)
STS de 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6663)
STS de 16 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7608)
STS de 20 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7749)
STS de 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8564)
STS de 9 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8974)
STS de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9097)
STS de 18 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9147)
STS de 24 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9210)
STS de 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9218)
STS de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10112)
STS de 28 de enero de 1994 (RJ 1994, 575)
STS de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994, 861)
STS de 13 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1467)
STS de 15 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1311)
STS de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1017)
STS de 24 de febrero de 1994 (RJ 1994, 684)
STS de 25 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1196)
STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1457)
STS de 28 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1575)
STS de 1 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1637)
STS de 9 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2205)
STS de 29 de abril de 1994 (RJ 1994, 2982)
STS de 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3896)
STS de 18 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4094)
STS de 26 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3748)
STS de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8364)
STS de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8837)
STS de 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8537)
STS de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9415)
STS de 13 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9420)
STS de 28 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10389)

STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10490)
STS de 9 de enero de 1995 (RJ 1995, 340)
STS de 26 de enero de 1995 (RJ 1995, 172)
STS de 18 de febrero de 1995 (RJ 1995, 882)
STS de 21 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1696)
STS de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2154)
STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3940)
STS de 24 de junio de 1995 (RJ 1995, 4984)
STS de 30 de junio de 1995 (RJ 1995, 6034)
STS de 7 de julio de 1995 (RJ 1995, 5566)
STS de 13 de julio de 1995 (RJ 1995, 6003)
STS de 18 de julio de 1995 (RJ 1995, 5578)
STS de 31 de julio de 1995 (RJ 1995, 5923)
STS de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7026)
STS de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9474)
STS de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9429)
STS de 8 de febrero de 1996 (RJ 1996, 864)
STS de 14 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1253)
STS de 2 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1992)
STS de 29 de abril de 1996 (RJ 1996, 3024)
STS de 30 de abril de 1996 (RJ 1996, 3025)
STS de 3 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3775)
STS de 9 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3870)
STS de 13 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3875)
STS de 23 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4006)
STS de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3860)
STS de 31 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3866)
STS de 7 de junio de 1996 (RJ 1996, 4829)
STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 4772)
STS de 19 de junio de 1996 (RJ 1996, 5102)
STS de 20 de junio de 1996 (RJ 1996, 5105)
STS de 21 de junio de 1996 (RJ 1996, 5108)

STS de 27 de junio de 1996 (RJ 1996, 4797)
STS de 3 de julio de 1996 (RJ 1996, 5555)
STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8980)
STS de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6723)
STS de 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6725)
STS de 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6726)
STS de 28 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6820)
STS de 5 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7041)
STS de 24 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7241)
STS de 30 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7487)
STS de 6 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7928)
STS de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8260)
STS de 19 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8633)
STS de 11 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8997)
STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8980)
STS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1427)
STS de 28 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1320)
STS de 19 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2420)
STS de 18 de abril de 1997 (RJ 1997, 3247)
STS de 5 de mayo de 1997 (TOL216.358)
STS de 17 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3883)
STS de 27 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4244)
STS de 14 de junio de 1997 (RJ 1997, 4657)
STS de 30 de junio de 1997 (RJ 1997, 5406)
STS de 10 de julio de 1997 (RJ 1997, 5464)
STS de 21 de julio de 1997 (RJ 1997, 219)
STS de 22 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6410)
STS de 24 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6859)
STS de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997, 6965)
STS de 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065)
STS de 10 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7069)
STS de 23 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7181)

STS de 14 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8123)
STS de 18 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7898)
STS de 25 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8428)
STS de 30 de enero de 1998 (RJ 1998, 556)
STS de 30 de enero de 1998 (RJ 1998, 555)
STS de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998, 611)
STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 629)
STS de 2 de marzo de 1998 (RJ 1998, 927)
STS de 21 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1511)
STS de 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3385)
STS de 25 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4066)
STS de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4003)
STS de 29 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4072)
STS de 22 de julio de 1998 (RJ 1998, 6391)
STS de 23 de junio de 1998 (RJ 1998, 4744)
STS de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 6956)
STS de 3 de julio de 1998 (RJ 1998, 5412)
STS de 5 de julio de 1998 (RJ 1998, 6133)
STS de 14 de julio de 1998 (RJ 1998, 5548)
STS de 21 de julio de 1997 (RJ 1998, 219)
STS de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7550)
STS de 8 octubre de 1998 (RJ 1998, 8598)
STS de 9 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7560)
STS de 28 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8350)
STS de 4 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 8788)
STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9647)
STS de 22 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10231)
STS de 11 de febrero de 1999 (RJ 1999, 593)
STS de 20 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1346)
STS de 22 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1661)
STS de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2421)
STS de 6 de abril de 1999 (RJ 1999, 2654)

STS de 7 de abril de 1999 (RJ 1999, 2659)
STS de 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2661)
STS de 13 de abril de 1999 (RJ 1999, 3361)
STS de 29 de abril de 1999 (RJ 1999, 2762)
STS de 30 de abril de 1999 (RJ 1999, 2619)
STS de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999, 2886)
STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3104)
STS de 12 de junio de 1999 (RJ 1999, 4291)
STS de 14 de junio de 1999 (RJ 1999, 4738)
STS de 25 de junio de 1999 (RJ 1999, 4559)
STS de 19 de julio de 1999 (RJ 1999, 6086)
STS de 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7266)
STS de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7849)
STS de 21 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7339)
STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7997)
STS de 3 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8859)
STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7532)
STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8217)
STS de 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8296)
STS de 3 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8974)
STS de 4 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9011)
STS de 13 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9020)
STS de 14 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8003)
STS de 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8983)
STS de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9358)
STS de 24 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9364)
STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000, 126)
STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1160)
STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000, 752)
STS de 26 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1020)
STS de 3 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1308)
STS de 8 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1512)

STS de 24 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2101)
STS de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2103)
STS de 1 de abril de 2000 (RJ 2000, 2969)
STS de 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 1815)
STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 1816)
STS de 6 de abril de 2000 (RJ 2000, 1820)
STS de 18 de abril de 2000 (RJ 2000, 2158)
STS de 19 de abril de 2000 (RJ 2000, 3185)
STS de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3582)
STS de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3582)
STS de 25 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3495)
STS de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3944)
STS de 12 de junio de 2000 (RJ 2000, 4006)
STS de 12 de junio de 2000 (RJ 2000, 4003)
STS de 26 de junio de 2000 (RJ 2000, 5308)
STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083)
STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1479)
STS de 26 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2613)
STS de 8 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2731)
STS de 9 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2733)
STS de 30 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3446)
STS de 10 de julio de 2001 (RJ 2001, 5151)
STS de 12 de julio de 2001 (RJ 2001, 5159)
STS de 16 de julio de 2001 (RJ 2001/7757)
STS 19 de julio de 2002 (TOL202.993)
STS de 13 de diciembre de 2002 (TOL229.590)
STS de 25 de enero de 2006 (RJ 2006, 1142)
STS de 24 de noviembre de 2006 (TOL3.429.928)
STS de 5 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8646)
STS de 27 de abril de 2009 (TOL1.514.754)
STS 2 de diciembre de 2011 (RJ 2011, 8317)
STS de 30 de mayo de 2012 (TOL2.549.911)

STS de 5 de febrero de 2014 (RJ 2014, 497)

STS de 3 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 4251)

STS de 16 de marzo de 2015 (TOL4.893.673)

STS de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4157)

Índice de Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado:

Resolución de 25 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3561)
Resolución de 21 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3790)
Resolución de 1 de abril de 1981 (RJ 1981, 1791)
Resolución de 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6941)
Resolución de 5 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1006)
Resolución de 13 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3855)
Resolución de 23 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7660)
Resolución de 18 de abril de 1988 (RJ 1988, 3358)
Resolución de 28 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8002)
Resolución de 31 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8003)
Resolución de 10 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2468)
Resolución de 14 de abril de 1989 (RJ 1989, 3403)
Resolución de 5 de abril de 1990 (RJ 1990, 2944)
Resolución de 24 de junio de 1991 (RJ 1991, 4659)
Resolución de 25 de junio de 1993 (RJ 1993, 5324)
Resolución de 19 de enero de 1994 (RJ 1994, 241)
Resolución de 19 de julio de 1994 (RJ 1994, 6303)
Resolución de 20 de julio de 1994 (RJ 1994, 6304)
Resolución de 5 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7654)
Resolución de 21 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1735)
Resolución de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3950)
Resolución de 23 de julio de 1996 (RJ 1996, 5618)
Resolución de 17 de julio de 1998 (RJ 1998, 5973)
Resolución de 5 de enero de 1999 (RJ 1999, 41)
Resolución de 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6471)
Resolución de 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6475)
Resolución de 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9420)
Resolución de 13 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1103)
Resolución de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2103)
Resolución de 9 de septiembre de 2000 (BOE 10 de noviembre de 2000)

Resolución de 14 de septiembre de 2000 (BOE de 6 de octubre 2000)

Resolución de 25 de enero de 2001 (BOE 23 de febrero 2001)

Resolución de 21 de junio de 2002 (BOE 12 de agosto de 2002)

Resolución de 15 de enero de 2007 (BOE 29 de enero de 2007)

Resolución de 19 de junio de 2007 (BOE 20 de julio de 2007)

Resolución 10 de julio de 2013 (BOE 8 de agosto de 2013)

Resolución de 14 de abril de 2014 (BOE 13 de mayo de 2014)

Resolución de 2 de diciembre de 2015 (BOE 28 de diciembre de 2015)

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo García, Manuel:

- *Derecho Civil*, Tomo III, Derecho de Bienes, decimotercera edición, 2008.
- *Derecho Civil*, Tomo II, Derecho de Obligaciones, decimotercera edición, 2008.

- **Alonso Casado, Juan**, “Permuta solar por pisos” *Boletín Colegio Nacional de Registradores*, julio-agosto 1992

- Alonso Pérez, M^a Teresa:

- *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid 2000.
- “Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación” *RCDI* nº 665, mayo-junio 2001.

- **Avarez Moreno**, “La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido, *Aranzadi*, nº4 mayo, 1995, pg. 11

- Arnaiz Eguren, Rafael:

- *La Inscripción registral de actos urbanísticos*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid 2001
- *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1998
- “El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro”, *RCDI*, 1998.

-**Arias Bonet, Juan Antonio**, “Sobre las relaciones entre permuta y compraventa en el Derecho Romano” *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Prof. Dr. D Ignacio Serrano y Serrano* t.II 1966

-Ávila Navarro, Pedro :

-“Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria”

RCDI 1994, nº 625 pg. 2581 y ss.

-*La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro La Ley*, 2002

-Aubry y Rau, Cours de droit francais, Paris 1907

- Basty Gregor, Der Bauträgervertrag, 2 Aufl, Munch 1995. (“El contrato de Promoción”, 2ª edición, Munich 1995)

- Batista Montero-Ríos, Jose, “Comunidad para edificar”, *RDP* 1969

-Bercovitz Rodriguez Cano, Rodrigo, *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*. Madrid, 1971

-Bianca Massimo C, *La vendita e la permuta*. Trattato di Diritto civile Torino UTET 1993

-Blasco Gasco, Francisco “Comentario a la Sentencia de 5 de julio de 1989” *CCJC*, nº 21, septiembre-diciembre 1989, págs. 795, 796

-Bonet Correa, José “La servidumbre a favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en edificio por construir”, *RDN*, Madrid 1961

-Calonge Matellanes, Alfredo, *La compraventa civil de cosa futura. Desde Roma a la doctrina europea actual*. Universidad de Salamanca, 1963

- Carcaba Fernandez, Maria, *La simulación en los negocios jurídicos* Bosch, Barcelona 1986.

- Carrasco Perera, Angel:

- *Ius aedificandi y accesión* (la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos) Madrid 1986.
- “Comentario de la RDGRN de 16 de mayo de 1996” *CCJC*, nº 43, 1997
- “Comentario a la Sentencia del TS de 14 de marzo de 1983” *CCJC*, nº 1 enero – marzo 1983

- **Castan Tobeñas, José:** *El Derecho Civil español, común y foral*, TIII, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general”, 16ª ed., Reus SA; Madrid 1992, revisada y puesta al día por Gerardo García Cantero

- **Chico y Ortiz, J.María:**
 - *Estudios de derecho hipotecario* T I, Marcial Pons, Madrid 1994
 - *Estudios de derecho hipotecario* T II, Marcial Pons, Madrid 1994
 - “Permuta de solar por fincas a edificar” *RCDI*, nº 638, enero -febrero, 1997

- **Clemente Meoro, Mario:** *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia 1998

- **Collas Emile,** *Manuel de Droit civil*, Paris 1877.

- **Corvo López, Felisa María,** *El derecho de sobreedificación y subedificación y su integración en el régimen de propiedad horizontal*; Fundación Registral, Madrid 2010

- **Cottino Gastone,** *Del Riporto. Della permuta* Commentario del Codice Civile, Bologna-Roma 1970

- **De Angel Yagüez, Ricardo,** “Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del CC” *RCDI* 1971,

- **De Castro y Bravo, Federico,** *El negocio jurídico*, Civitas 1985

- **De la Cámara Álvarez, Manuel:**

- Con la colaboración de Garrido Cerda y Soto Bisquert “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana” *Ponencia española al X Congreso Internacional del Notariado latino de Montevideo*, 1969, Publicación de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, t II, pg.874 y ss.
 - *Estudios de derecho Civil* editorial Montecorvo, Madrid 1985
- De la Iglesia Monje, M^a Isabel,**
- El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales.* Centro de Estudios Registrales. Madrid 1996
 - “Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el RH de 1998. Análisis de la STS de 24 de febrero de 2000”, *RCDI*, núm. 659, mayo junio 2000
- De la Rosa Diaz, Pelayo:** *La permuta (desde Roma al derecho español actual)*, Montecorvo, Madrid, 1976
- De Marsico, Alfredo:** *La compravendita di cosa futura.* Fil. 1911, pg. 351
- Del Arco Torres, Miguel Angel, y Pons Gonzalez, Manuel:** *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)* Comares, Granada 1993
- Diez Picazo y Ponce de Leon, Luis:**
- Fundamentos de Derecho Civil* Tomo IV, Madrid, Civitas, 2010
 - Posesión y contrato de obra* Estudios de homenaje al profesor M. Batlle. Marcial Pons, Madrid, 1978.
- Diez Picazo, Luis, y Gullón Ballesteros, Antonio** *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, novena edición, Tecnos, 2005
- Duranton, M.,** *Cours de Droit francais*, Tomo XVI Paris, 1833

-Espejo Lerdo de Tejada, Manuel: *La permuta de suelo por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil.* Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla 2011

-Eula Ernesto :*La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione,* del Trattato de Cicu-Messineo, Milano 1960

-Fernandez Hierro, Jose Manuel: *La responsabilidad por vicios de la construcción* Edit. Universidad de Deusto. Bilbao 1976

-Fernandez López, Miguel Angel, *Derecho Procesal civil III,* 3ª ed. Madrid 1994

-Ferrando Nicolau, Esperanza, *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello.* Mario E. Clemente Meoro (Coordinador). Tirant lo Blanch. Valencia 2002. Epígrafe 10. Permuta de suelo por construcción futura en el derecho alemán.

- Fuertes Lopez, Mercedes, *Urbanismo y publicidad Registral,* segunda edición, Marcial Pons, Madrid 2001.

- García- Arango y Díaz-Saavedra, Cesar:

- *El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado, como solución aplicable al cambio de suelo por vuelo,* 1985.
- “La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, *RCDI*, 1982-II, 925 y ss.

-García-Bernardo Landeta “La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción” *RCDI* 1974, pg. 731 y ss.

- García Cantero, Gabriel: *Comentario a los artículos 1445 a 1541 del C.c.* Tomo XIX de los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigido por Manuel

Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, segunda edición, Revista de Derecho Privado, Madrid 1991.

- **García de Enterría, Eduardo, y Ramón Fernández, Tomás,** *Curso de Derecho administrativo* tomo I, Madrid 1997

-**García García, José Manuel :**

-*Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil,* Civitas, Navarra, 2009, sexta edición. Tomo I, paginas 451-453

-*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* Madrid 1993,

- **García Gil, F. Javier,** *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia. Obligaciones de los contratantes, vicios y defectos en la construcción y otros trabajos, responsabilidades de técnicos y constructores, en la doctrina del Tribunal Supremo,* Dykinson, Madrid 1995.

-**García Macho, Ricardo,** *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación* Madrid 2000

-**García Novoa, César:** “Permuta de solar por edificación en el IVA: La situación actual”, *Instituto de Estudios Fiscales*, Doc. nº4/2011, Santiago de Compostela 2011

- **Garrido Palma, Víctor Manuel:** “¿Superficies solo cedit?” *RDN* enero- marzo 1969

- **Giannattasio, Carlo,** *La permuta. Il contratto estimatorio,* A Giuffrè. Milano 1974

-**Gómes Gáligo, Francisco Javier,** *Las prohibiciones de disponer en el derecho español,* Centro de Estudios Registrales, Madrid 1992.

- **Gomez Taboada, F. Javier,** “El IVA en las permutas inmobiliarias: ¿punto final?, *El Notariado del siglo XXI*, num. 33 septiembre octubre, 2010.

- **Horkunova, Iona**, *Sale & LeaseBack*, El Derecho, 2014

- Iglesias Cubriá, Manuel**, *Los derechos patrimoniales eventuales*, Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia, Oviedo 1961

- **Iribarren Goicoecheandia, Maite**: *La calificación de solar como requisito de la edificación*, Inst. Est. Adº Local, Madrid 1984

- **Jordano Barea, Juan Bautista**, “Contratos mixtos y unión de contratos” *Anuario de Derecho Civil*, 1951

- **Lacruz Berdejo, Jose Luis**
 - *Elementos de Derecho Civil I*, vol 3. Barcelona 1990
 - *Elementos de Derecho Civil III bis*, Derecho Inmobiliario Registral, segunda edición, Dykinson, Madrid 2003.
 - *Elementos de Derecho Civil II*, volumen 1º, y 2º. Cuarta edición Dykinson, Madrid 2009.
 - “Prólogo” al libro de Jose Luis Merino Hernandez *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid 1978

- Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida**, *Derecho Inmobiliario Registral* 2ª edición Barcelona 1991

- Lamoca Perez, Carlos**, “Tratamiento fiscal de las permutas de terrenos por edificaciones futuras” *Carta Tributaria, Monografías* nº4, quincena del 16 al 29 de febrero 2008, Editorial CISS.

- Lasarte Álvarez, Carlos**: *Contratos. Principios de Derecho Civil III*. Decimotercera edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- Lopez Frias, Ana**:

- *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona 1994
- *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona 1997.

-Lucas Fernandez, Francisco:

-“La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de la aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir”, *RDN* abril-junio 1967.

-“Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales en el que se construyan”. *Anales de la Universidad de Murcia*, 1963.

-Malinvaud P. “Droit de la promotion immobiliere”, Paris 1995

-Martinez Escribano, Celia, *Responsabilidades y garantías de los agentes de edificación*, Lex Nova, 3ª edición 2007

-Martinez Lafuente, Antonio, *Manual del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Marcial Pons, Madrid 1996

-Martinez Sanchiz, Jose Angel, “El deterioro del pacto comisorio en la jurisprudencia hipotecaria” *ADC*, octubre-noviembre 1989

-Martra Fontas, Eduardo; Vintro y Ventós, Jaime, *Venta de solares en la modalidad de permuta*, Hijos de José Bosch 1979

-Melon Infante, Fernando, “El contrato de permuta en el Código Civil” *RDP* 1961

-Merino Hernandez, Jose Luis, *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid 1978

-Miquel Gonzalez, Jose M.:

- *Comentario a los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Madrid, Ministerio Justicia, 1991

“El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº1, 1998

-Moltó Garcia, Jose Ignacio, *Los agentes de la edificación*. Editorial Montecorvo, Madrid 2000

-Mongay Soler, Monserrat, *Punto Crítico: aspectos tributarios del contrato de cesión de suelo a cambio de edificación futura*, 2009.

- Monet y Anton, Fernando, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Conferencia pronunciada en el ICAV el 8 de junio de 1963, Valencia 1967

-Muñoz de Dios, Gerardo, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Espasa Universidad, Madrid 1987

-Navarro Castro, Miguel, “Cesión o aportación de solar con contraprestación de construcción: tradición instrumental de pisos por construir (Comentario a la STS de 18 de mayo de 1994)”, *CCJC* 1994, nº 36.

-Ortí Vallejo, A. De Padua, S. 12 de noviembre de 1992. Permuta de solar por construcción . *CCJC* 1992, nº 30.

-Ossorio Serrano, Juan Miguel, *Curso de Derecho Civil*”. *El contrato de permuta*, Volumen 2. Coord. Sanchez Calero, Francisco Javier. 2006

-Pantaleon Prieto, Fernando, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en *ADC*, 1989, 1043-1168

-Pascual Maiques, Ramón, “Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado”, marzo 2008. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*

-Pelayo de la Rosa, Alfredo Calonge, *La permuta (desde Roma al derecho español actual)*, Montecorvo 1976

-Peña Bernaldo de Quiros, Manuel, *Derechos Reales-Derecho Hipotecario*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales, 3ª edición Madrid 1999

-Perez Perez, Emilio, *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*, 2ª edición Bosch, Barcelona 2008

-Plana Arnaldos, Maria Carmen :

- *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons Madrid 2003

-“Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura”, *RCDI*, Año 78, nº 678, 2002.

- Puig Brutau, Jose, *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona,

- Puig Peña, Federico, *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, vol. 2 Madrid

-Rico Morales, Nicolás, comentario en la revista *Lunes 4.30*, número 248, diciembre 1998

-Roca Sastre, Ramon Mª:

-*Estudios de Derecho Privado, I Obligaciones y Contratos*, Madrid 1948,

-“Ensayo sobre el derecho de superficie” *RCDI* 1961, núm. Extraordinario 392, pg 9 y ss.

- Roca Sastre, Ramon Mª, y Roca Sastre Muncunill, Luis, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, T. III, Octava edición, Bosch, Barcelona 1995.

- Rodriguez Garcia, Carlos Javier *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Dykinson, Madrid, 1997

- Rogel Vide, Carlos,

- *Obligaciones y contratos, cuestiones actuales*, Editorial Reus 2013
- “Sobre la permuta y su utilidad” *Revista general de Legislación y Jurisprudencia* nº 3/2010
- “La compraventa de cosa futura”, *Publicaciones del Real Colegio de España*, Bolonia, 1975
- “Comentario a la Sentencia de 30 de octubre de 1989” *CCJC*, 1989, nº 21

-Rovira Jaen, Francisco Javier, “La compraventa de cosa futura *Estudios de Derecho Privado, T II*, Edit. De Derecho Privado, Madrid 1965

- Rubino, Domenico, *La compravendita, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano 1952.

-Ruda González, Albert:

- *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *La transmisión de la propiedad según la Ley 23/2001 de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura*, Indret, Observatori de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona, Barcelona, enero 2004.
- “El contrato de cesión de suelo por obra tras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 31 de enero de 2001, Revista *La Ley*, Diario 5400 de 19 de octubre de 2001

- Salvador Codercho, Pablo, *Comentarios del Código Civil T II* Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pg 1178

- Sanchez Moretón, Francisco, “Documentación sobre la enajenación etc. de los bienes patrimoniales de las entidades locales”

www.lasalina.es/atm/bienes/estudios/sobrebienes/Documentacionlaenajenaciondebiensdelasentidadeslocales

-Sapena Tomas, Cerda Bañuls, y Garrido de Palma, *Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*, Ponencia española al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Barcelona 1975.

-Serrano Chamorro, M^a Eugenia:

- *Cambio de Solar por edificación futura*, 3^a Edición, Navarra, 2002.

- *La jurisprudencia en el contrato de cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Navarra, 2001.

-Serrano Gomez, Eduardo: *El contrato de cambio de solar por edificación futura (Doctrina, jurisprudencia y legislación)*, Madrid 2004.

-Soler Presas, Ana: *La valoración del Daño en el contrato de compraventa*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

- Soto Bisquert, Antonio: “El derecho de vuelo” *RCDI* 1971.

-Ventura-Traveset y Gonzalez, Antonio:

-*Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Bosch. Barcelona 1963.

-“ La construcción de edificios en comunidad” *RGD* n° 265 octubre 1966

-Verger Grau, Joan, “Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal”, *RJC* enero marzo, Barcelona 1981

-Zurita Martín, Isabel:

-*El contrato de aportación de solar*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994.

-*Protección jurídica del aportante de solar: su nueva protección*. Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, Almería 2000

-“Reflexiones en torno a la Ley 23/2001, de 31 de diciembre del Parlamento de Catalunya, sobre cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura”
Revista del Notariado 2002

-***Observatorio de vivienda y suelo***, Boletín anual de 2012, Ministerio de Fomento, Centro de Publicaciones Secretaria General Técnica, mayo de 2013

-***Observatorio de vivienda y suelo***, Boletín anual de 2014, Ministerio de Fomento, Centro de Publicaciones Secretaria General Técnica, junio de 2015