

El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. RESURGIMIENTO DE ESTA FIGURA: 1. ÁMBITO DOCTRINAL. 2. ÁMBITO JURISPRUDENCIAL.—III. CONCEPTO.—IV. TRATAMIENTO JURIDICO.—V. CONEXION CON EL CONTRATO DE OBRA.—VI. ELEMENTOS: 1. ELEMENTOS PERSONALES: A) *Dueño del solar. Tradens*. B) *Adquirente del solar. Accipiens*. 2. ELEMENTOS REALES. 3. ELEMENTO FORMAL.—VII. ELEMENTOS ACCIDENTALES: 1. CONDICIONES MÁS UTILIZADAS: A) *Condición suspensiva*: a) Posición jurisprudencial; b) Estipulaciones. B) *Condición resolutoria*: a) Posición jurisprudencial. 2. ¿HAY CONDICIÓN IMPLÍCITA EN EL SUPUESTO DE ADQUISICIÓN DE SOLAR INEDIFICABLE CREYENDO QUE ERA EDIFICABLE? 3. FORMA EN QUE DEBE HACERSE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CONDICIONES. 4. TRATAMIENTO FISCAL DE LOS CONTRATOS SUJETOS A CONDICIÓN. 5. FIJACIÓN DE UN PLAZO: A) *Reglas prácticas*. B) *Estipulación de los efectos del incumplimiento del plazo*.—VIII. TRATAMIENTO FISCAL DEL CONTRATO DE PERMUTA: 1. REGULACIÓN FISCAL. 2. CALIFICACIÓN. 3. TIPO A APLICAR. 4. APLICACIÓN GENERAL.

I. INTRODUCCION

En los últimos años se ha desencadenado una transformación económica motivando la aparición de nuevas modalidades en el ámbito de las relaciones humanas (1), que si bien es cierto que de antemano no se encuentran plenamente reguladas por el legislador, pronto tratará de darse una respuesta legal, empezando a promulgarse las correspondientes normas legales.

Una de esas nuevas modalidades que el constante evolucionar de la vida nos ofrece cada vez con mayor auge, es la que voy a tratar de analizar en este

(1) Vid. MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*. Espasa-Universidad, Madrid, 1987, pág. 13: «Las relaciones negociales se crean y suceden ilimitadamente por impulsos de necesidad».

estudio: la permuta de solar a cambio de viviendas, locales, garajes o trasteros que en él se construyan (2).

La necesidad de encontrar una regulación adecuada y específica de esta nueva figura, la pone 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 —**que** ya es sólo futuro propietario de los pisos o locales que constituyen la prestación que le es **debida**— no debe seguir figurando como aparente constructor y dueño de la totalidad del edificio que se está construyendo, ni, a la inversa, el constructor que adquirió el solar —**a** cambio de su obligación de entregar los futuros pisos ya **construidos**— 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 fórmulas simples y eficaces para que el contrato de cambio o permuta de solar por futuros pisos construidos quede fehacientemente reflejado en todas sus 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 sólo 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».

En efecto, como dice VENTURA-TRAVERSESET (3), la importancia de la cifra de medios materiales que precisan para construir o edificar, hace que, con harta frecuencia, no sea posible que todos estos elementos o medios materiales (solar, capital, licencia urbanística, materiales, trabajo, etc.) sean puestos en la empresa de edificar, por una sola persona.

La construcción de nuevas viviendas se ha convertido en un proceso económico y social de acusada dinamicidad. Las nuevas técnicas de gestión económica presionan sobre el derecho solicitando el reconocimiento jurídico de nuevos bienes, actos y relaciones. Y si el derecho no responde a las nuevas exigencias económicas, las instituciones jurídicas envejecen y se desechan. En este proceso interesa destacar la intervención creciente de los

(2) El nacimiento del contrato de cambio de solar por edificación futura confirma, una vez más, la vigencia del principio, «el derecho está hecho para la vida y no la vida para el derecho».

(3) Vid VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, A., *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal (Estudio según la legislación vigente)*. Editorial Bosch. Barcelona, 1963, pág. 7.

propietarios de viviendas y departamentos en el proceso de su construcción (4).

De otro lado la necesidad de aumentar las soluciones al magno problema de la vivienda, hace preciso lo que podría llamarse el «aprovechamiento de los espacios vacíos» existentes en el vuelo y subsuelo de edificios ya construidos, que pueden dar origen a nuevos pisos, locales, garajes o trasteros.

Todo ello motiva que surjan en la esfera jurídica, con una frecuencia cada vez más en alza, una amplia gama de relaciones contractuales (5) que se otorgan por el que es propietario de un solar y carece de los medios económicos para edificar, o bien no quiere convertirse en constructor, y aquella otra persona que tiene estos últimos o es técnico en la edificación, y en cambio, carece del capital para adquirir un solar, que en la actualidad puede alcanzar precios desorbitados (6).

Una característica común a todos esos negocios es que la finalidad perseguida consiste en lograr la adquisición de un bien futuro: local, piso, garaje o trastero, que se han de construir como contraprestación a la entrega de un bien actual: el solar.

Ello conlleva en la vida práctica numerosos problemas muy variados que van desde la obtención de un préstamo hipotecario para poder edificar, pasando por la propiedad horizontal, defectos en la construcción, entrega de los pisos, resolución de contrato, etc., hasta la entrega del inmueble previamente convenido por las partes (7). Teniendo siempre presente que la voluntad del dueño del solar es conseguir el objeto del contrato, sean pisos, locales, garajes o trasteros, sin desligarse del todo de la propiedad del solar, tratando de obtener la máxima garantía en su actuar para evitar una posible pérdida del solar sin haber obtenido a cambio el inmueble deseado y pactado.

(4) SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO DE ARAGÓN, «El tráfico jurídico de pisos o departamentos en edificio por construir ante el Registro de la Propiedad», en *BICR*, 1971, pág. 549.

(5) Vid. ALONSO CASADO, J., «Permuta (solar por piso futuro)», en *BIR*, núm. 291, julio-agosto, 1992, pág. 1749. Volviendo a la finalidad de buscar la puerta que permita entrar sin agregados, con plenas garantías frente a terceros a esta clase de convenios especiales, atípicos, no regulados.

(6) Vid. VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, A., *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal (estudio según la legislación vigente)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1963, págs. 7 y 8: «Otras veces es el propietario de un edificio más o menos antiguo, pero cuyos muros ofrecen la resistencia suficiente para poder sufrir una elevación en varias plantas, con la práctica utilización de un espacio aéreo que antes estaba perdido, y que lo aporta para que sobre él y por quien tiene el capital y la capacidad técnica precisa, puedan edificarse nuevos pisos o locales».

(7) Todas estas cuestiones se tratan en la segunda parte de mi libro, *Cambio de solar por edificación futura* (en prensa).

Estas circunstancias han traído consigo el nacimiento de la figura de la aportación (8) con la finalidad 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. Si bien no la considero acertada, al no tener verdadera existencia, y critico la utilización de esta terminología, pues la aportación es una figura u obligación contractual —**aportación a sociedad**—, pero no un verdadero contrato. Carece de sentido hablar de aportación desvinculándola de la figura de la sociedad, al no gozar de autonomía propia.

Por último, coincido con MARTRA en apreciar que va incrementándose la modalidad del contrato de cambio de solar por edificación futura, bajo la forma de permuta, por ser un buen negocio para ambas partes (9), ya que, en definitiva, el propietario del solar aumenta considerablemente su rendimiento, y al promotor-constructor se le facilita grandemente la edificación, al no tener el desembolso del precio del solar, que le permite construir muchos más metros cuadrados de obra, y en consecuencia, le es mucho más rentable a la empresa promotora (10).

(8) Como prefiere considerarla MUÑOZ DE DIOS.

O DE LA CÁMARA: «*aportación* del solar por parte de su dueño a cambio de que el constructor edifique con reparto entre ellos de los pisos o departamentos resultantes», pág. 927. En *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*. Ponencia española al X Congreso Internacional del Notariado Latino de Montevideo. Publicación de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Tomo II, 1969.

En la misma línea, ZURITA MARTÍN, I., *El contrato de aportación de solar*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. En su conclusión primera, pág. 69, al hablar de la aportación de solar, opina que constituye una de las figuras que, dentro del moderno derecho contractual, está cobrando mayor auge, lo que, unido a la inexistencia de una normativa específica aplicable, plantea no pocas dificultades prácticas.

(9) Los particulares, partiendo de los fines que pretenden, tienen ante sí una variada gama de negocios jurídicos, típicos y atípicos, entre los que poder elegir. Su elección debe basarse, ante todo, en la más perfecta adecuación posible entre los resultados jurídicos del negocio y los resultados prácticos que intentan; en esta elección influyen también otros criterios de moralidad o simple corrección, de mayor rapidez o comodidad, y, cómo no, de economía. Hay que tener necesariamente en cuenta el costo de las diversas posibilidades, y las partidas más importantes vienen dadas por las consecuencias tributarias y las garantías estipuladas.

Vid. NAVARRO CASTRO, M., «Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 1994», en CCJC, núm. 36, septiembre-diciembre, 1994, pág. 1046. «El contrato de cesión o aportación de solar puede hacerse a través de múltiples modalidades contractuales, dependiendo de lo que las partes pretendan realmente». Añade que no es precisa, a priori, una calificación unitaria de este negocio, y deben ser los términos concretos del contrato los que nos inclinen por su aproximación a una figura contractual determinada.

(10) Vid. MARTRA FONTAS, E., *Venta de solares en la modalidad de permuta*. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 17.

II. RESURGIMIENTO DE ESTA FIGURA

Hoy en día parece posible hablar de un desarrollo y revitalización del contrato de permuta (11) debido primordialmente a la cada vez más prolija actividad promotora y edificadora de inmuebles destinados a viviendas (12), así como al afán especulativo por parte del propietario de una vieja edificación o solar, que en lugar de vender el terreno, o construir sobre el mismo, prefiere cederlo a un constructor, a cambio de un número determinado de los departamentos que en el nuevo edificio a construir se realicen (13).

1. AMBITO DOCTRINAL (14)

Son escasos los estudios ofrecidos por nuestra doctrina en esta materia. Simplemente se contemplan de forma indirecta algunos de sus efectos o con-

(11) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pág. 344: «Ha supuesto una notable revitalización de un contrato, el de *permuta*, que parecía estar antes adormecido y carente de esa sustancia vivificadora de que gozan otras instituciones jurídicas».

(12) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pág. 343: «El creciente aumento de la población, especialmente en determinadas áreas urbanas, es uno de los principales motores de esta incesante actividad constructora... Cuando ese cambio de habitáculo se pretende conseguir sobre el propio terreno donde la vieja edificación se yergue es cuando suele surgir a la vida jurídica el fenómeno de cambio (esto es, la *permuta de solar por pisos a construir*)».

(13) Con ello suele obtenerse un mayor rendimiento económico del suelo, a la par que una mayor tranquilidad en el negocio proyectado.

(14) Figura tratada por el Derecho italiano. En este país se ha estudiado más profundamente esta modalidad contractual, predominando la corriente de entenderla como permuta de cosa futura, o de cosa presente por cosa futura, en este sentido se han manifestado autores como COTTINO, que la encuadra como permuta de cosa presente por cosa futura. Vid. COTTINO, G., *Del riporto della permuta. Commentario del Codice Civile. A cura di A. Scialoja e G. Branca. Libro IV. Delle Obligazioni*. Nicola Zanichelli, Bologna. Foro italiano, Roma, 1966, pág. 101.

GIANNATTASIO incluye como permuta de cosa futura, el supuesto que tratamos de permuta entre un solar actualmente existente y una o más partes del inmueble a construir. Vid. GIANNATTASIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione. Trattato di Diritto civile e commerciale*. A. Cicu y F. Messineo, Tomo XXIV, t. 1, Milano. Dott. A. Giuffrè, Editore, 1960, pág. 21.

Vid. MASSIMO BIANCA, C., *La vendita e la permuta*. Vol. VII, Tomo I. Unione tipografico-Editrice Torinese, 1993, pág. 1019. El convenio en estudio es «una operación frecuente que ha renovado el interés por la figura de la permuta».

También merece atención el tratamiento ofrecido en el Derecho francés, principalmente por MALINVAUD, P. y JESTAZ, P., *Droit de la promotion immobilière*, 6.^a ed., Dalloz, París, 1995, núm. 658, pág. 555. Y TOURNAFOND, O., *Vente d'immeuble a construire. Encyclopédie DALLOZ*, 2.^a ed., *Répertoire de Droit Civil*. Direction P. RAYNAUD y J. L. AUBERT. Tome IX, 1995, núm. 35, 36.A) y 37.B).

secuencias que no llegan a cubrir las numerosas dudas y conflictos prácticos suscitados al respecto.

Seleccionamos algunas posturas aportadas a nuestro contrato, pudiendo vislumbrar tres corrientes: la mayoría de nuestros juristas se inclinan por considerarle como permuta especial de cosa presente por cosa futura. Otro sector importante prefiere hablar de permuta con prestación subordinada de obra. No faltan posturas intermedias como contrato atípico, contrato de aportación, etc.

Nos centraremos en la consideración de permuta, por ser la figura que pretendemos analizar.

Así, MERINO HERNÁNDEZ configura esta modalidad contractual como permuta, «*permuta de solar por pisos a construir*» (15), indicando que, «De los pocos autores que de ella se han ocupado, todos dan en calificar al negocio de "permuta", aunque no ordinaria, sino teñida de cierta especialidad que le da el versar uno de los objetos del contrato sobre una cosa futura» (los pisos o locales a construir).

Suele configurarse entonces como permuta de cosa presente por cosa futura (16), y encuadrarse dentro de la teoría general de los negocios, y especialmente de la compraventa, sobre cosa futura» (17).

Aclara calificando este negocio de verdadera permuta de cosa presente por cosa futura, siendo aplicable toda la problemática de la *permuta* en general, al caso de ser la cosa futura, un o unos determinados elementos de un edificio a construir. «Es más, la calificación al negocio de permuta nos ayudará sobremanera a resolver las diferentes cuestiones que en la práctica pueden suscitarse en torno a este contrato» (18).

En la misma línea, GARCÍA CANTERO (19) indica que debido a las especiales circunstancias socioeconómicas, se ha desarrollado bastante en los últimos

(15) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta...*, op. cit. En su libro «La permuta», dedica un parte especial para tratar esta figura, págs. 343 y sigs.: «La permuta de solar por pisos a construir».

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

(17) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta...*, op. cit., pág. 345.

(18) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta...*, op. cit., pág. 347.

(19) GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo XIX, 2.^a ed., Madrid, 1991. Al comentar el artículo 1.538 del Código Civil, pág. 795.

años la contratación en forma de *permuta* consistente, fundamentalmente, en el cambio de un solar por un determinado número de pisos o locales a construir en el mismo. Aunque hay gran variedad de fórmulas jurídicas que permiten obtener idéntico o parecido resultado económico, no hay duda de que la permuta es uno de los negocios típicos que pueden lograr aquella finalidad. «Se trata de *permuta de una cosa presente por una futura*».

Es más, MERINO HERNÁNDEZ al tratar de esta figura, la recoge como el gran hallazgo de nuestro tiempo, por cuanto da lugar a sustanciosas operaciones en las que, normalmente, ambas partes ganan. «Con esta figura se logra no desembolsar inicialmente cantidad alguna por la adquisición del solar, cuyo valor se satisfará al final de la edificación, sin sacrificio ni merma alguna de la economía de la persona o empresa constructora» (20).

En el mismo sentido se manifiesta LASARTE (21): «En tiempos contemporáneos, el esquema contractual de la *permuta* parece haber conocido una cierta revitalización a consecuencia de la actividad inmobiliaria. El notorio encarecimiento del suelo y de la construcción ha traído consigo que no sean extraños los contratos en los que el dueño de un solar se aviene a transmitir la propiedad del mismo a un constructor, a cambio de que éste le entregue en el futuro —igualmente en propiedad— una determinada superficie construida (sean en pisos, garajes, locales comerciales)».

Así como DÍEZ-PICAZO (22) al exponer que en la actualidad cobra relieve la *permuta* a propósito de la figura jurídica que surge cuando el propietario del solar transmite a otro su propiedad para que sobre él construya, a cambio de que le entregue determinadas viviendas, locales comerciales y, o plazas de garaje.

O LACRUZ BERDEJO (23) afirmando que, «Frente a la calificación frecuente de la permuta como contrato anacrónico y casi exclusivo de sociedades poco desarrolladas en el plano socio-económico, hay una moderna revalorización de la misma —con creciente preocupación por ella en el orden doctrinal— estimándose que puede ser todavía útil para la sociedad moderna en algunos ámbitos: así, en el urbanístico, con la *permuta de solar por locales o pisos a construir*».

(20) MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta...*, op. cit., pág. 344.

(21) LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, Tomo III, Contratos. Madrid, Trivium, 1996, pág. 218.

(22) Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.^a ed., Editorial Tecnos, Madrid 1989, op. cit., pág. 332.

(23) Vid., *ibidem*, LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, 2.^a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1986, pág. 112.

2. **AMBITO JURISPRUDENCIAL**

Por un lado, la Audiencia Territorial de Valencia, en Sentencia de 18 de octubre de 1973 (24), ha marcado la importancia creciente de esta figura jurídica al decir: «el presente litigio contempla una figura jurídica que dentro de la moderna contratación va tomando carta de naturaleza a merced del desarrollo de la construcción de edificios, o sea, la cesión de un solar o una finca para construir una casa o bloque a cambio de cierta parte de la obra efectuada» (25).

En otro orden, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de febrero de 1990 (26): «...se trata de una manifestación del supuesto jurídico conocido como *cesión de solar para construir a cambio de locales o pisos en el edificio construido*, frecuente en la práctica, detenidamente estudiado en la doctrina científica y contemplado en diversas sentencias del Tribunal Supremo. Los autores discrepan en orden a la naturaleza jurídica de la figura contractual (atípico o innominado; negocio fiduciario; permuta de solar por cosa futura o cosa en formación con prestación subordinada de obra; permuta con injertos de prestaciones propias de arrendamiento de obra; mixto de permuta y de ejecución de obra; verdadera permuta de cosa presente por cosa futura), y esa diversidad de calificación jurídica se refleja en la doctrina jurisprudencial —aunque en alguna resolución se consideró innecesario discurrir sobre la cuestión, y en otras no se plantea, en la generalidad se examina o se alude...»

En la DGRN merece citarse la Resolución de 5 de octubre de 1994 (27): *permuta de solar* por compromiso de entrega de cosa futura. Habla de obligación personal de construir y entregar el 19 por 100 de la obra que pueda construirse.

Por otro lado, la jurisprudencia emanada por nuestro Tribunal Supremo es reacia a definirse tajantemente sobre una denominación precisa (28), pare-

(24) SAT de Valencia, de 18 de octubre de 1973, en *RGD*, año XXX, núm. 351, Valencia, diciembre de 1973, págs. 1155 y sigs.

(25) También en SAT de 15 de octubre de 1982 (*RGD* 1983, 1, XXXIX, pág. 86) se habla de «contrato de cesión de solar a cambio de recibir locales en el edificio a construir». En su Cdo. 1 dispone: «El contrato cabe calificarlo como un *contrato atípico y propio del mundo negocial de la construcción moderna*, en virtud del cual A cede a B un solar de su propiedad a cambio de recibir en el futuro edificio que éste construya el sótano y el bajo comercial del mismo, atipicidad a que alude la doctrina jurisprudencial, pero que se aproxima a la naturaleza jurídica del *contrato de permuta...*».

(26) Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de febrero de 1990, *RAJ*, 1992, núm. 2574.

(27) RDGRN de 5 de octubre de 1994, *RAJ*, núm. 7654.

(28) NAVARRO CASTRO, M., «Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 1994», en *CCJC*, núm. 36, septiembre-diciembre 1994, pág. 1046. En nuestra misma postura, estima que el TS evita calificar el contrato y se limita a denominarlo *cesión de locales o pisos a construir*, «lo que en realidad es más una descripción que una calificación del contrato».

ciendo en un principio opuesta a admitir la calificación de permuta a este contrato, dando la impresión de que al ser una figura carente como tal de regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico debería encuadrarse como contrato atípico *do ut des*; sin embargo en varias sentencias se define como permuta con prestación subordinada de obra.

Resulta, como pone de relieve MERINO HERNÁNDEZ (29), verdaderamente extraña la configuración que el Tribunal Supremo hace de la figura que nos ocupa, como contrato innominado o atípico, siendo así que en nuestro ordenamiento jurídico existe toda una sentada doctrina en torno a los contratos sobre cosa futura; y especialmente, sobre la compraventa de cosa futura.

MUÑOZ DE DIOS (30) opina que la jurisprudencia no pasa de considerar este contrato como innominado y atípico, que entra dentro del concepto genérico de cesión onerosa, recibándose una contraprestación, que si está claro que no la considera transmisión de inmueble, y con elementos aislados de diversos contratos tipificados por nuestra legislación.

Nosotros intentaremos recoger algunas sentencias de nuestro Alto Tribunal que han tratado este contrato como permuta, veamos:

- Sentencia de 9 de noviembre de 1972 (31): Se entregó la casa para ser demolida, pagando al comprador el precio del solar al antiguo propietario mediante la entrega de uno o varios de los pisos a construir; fórmula que es muy frecuente en la moderna contratación y que *encaja dentro de los términos del artículo 1.538 Código Civil*, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse el mismo.
- Sentencia de 30 de junio de 1977 (32): «lo que se llevó a cabo y se convino fue un *contrato atípico de permuta de solar* mediante el cual se cede el solar a cambio de la transmisión en su día de un local comercial y de dos viviendas completamente terminadas, todo ello en el edificio a levantar».
- Sentencia de 20 de abril de 1981 (33): «Se trata de un *contrato de permuta, atípico o de cesión*, declarando la sentencia que los demandantes transmitieron la propiedad de unos terrenos, con el fin de que construyera un edificio de varias plantas, a cambio de que éste les entregase la tienda a construir en los bajos y las viviendas que quedasen emplazadas encima de la tienda».

(29) MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta...*, *op. cit.*, pág. 346. Se exceptúa la Sentencia de 9 de noviembre de 1972, favorable al criterio de permuta.

(30) MUÑOZ DE DIOS, *Aportación...*, *op. cit.*, pág. 41.

(31) STS de 9 de noviembre de 1972, *RAJ*, núm. 4564.

(32) STS de 30 de junio de 1977, *RAJ*, núm. 3497.

(33) STS de 20 de abril de 1981, *RAJ*, núm. 1658.

- Sentencia de 24 de octubre de 1983 (34): «...el derecho a edificar vuelos sobre el solar propiedad de ambos a cambio de obra que construirá la otra parte, estipulándose que por dicha cesión el constructor entregará a los cedentes la planta baja dividida en dos locales comerciales y las dos viviendas del entresuelo, correspondiendo a cada uno de los cedentes un local y una vivienda de las citadas, pero sin concretar las respectivas superficies, aunque sí las características y la calidad de los materiales a emplear en la edificación; con lo que se está en presencia de un negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir, figura que la doctrina mayoritaria conceptúa como *permuta con prestación subordinada de obra*».
- Sentencia de 12 de diciembre de 1988 (35): «...la atipicidad proclamada de esta clase de negocios jurídicos —solar a cambio de pisos— y encasillables en el artículo 1.538 del Código Civil como contratos de *permuta* por su mayor aproximación de estructura negocial, no es sino consecuencia de que el precedente de la permuta a partir del derecho prejustiniano, es el de los contratos innominados *do ut des* de lo que no empece para el otorgamiento de escritura de permuta en ejecución de lo convenido...»
- Sentencia de 18 de diciembre de 1990 (36): «...simplemente se limitaron a transmitir a los que sí han sido efectivamente promotores-constructores 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 artículo 1.591 del Código Civil...»
- Sentencia de 16 de noviembre de 1994 (37): Califica al contrato como atípico: *permuta con prestación subordinada de obra*. La común experiencia demuestra que el contenido de estos contratos atípicos, en el sentido de que no están regulados por la Ley, es tan variado como distintos son los intereses de los contratantes...»
- Sentencia de 18 de septiembre de 1996 (38): Se trata de la resolución de un *contrato de permuta* por incumplimiento del plazo para edificar

(34) STS de 24 de octubre de 1983, *RAJ*, núm. 5340.

(35) STS de 12 de diciembre de 1988, *RAJ*, núm. 9431.

(36) STS de 18 de diciembre de 1990, *RAJ*, núm. 10286.

(37) STS de 16 de noviembre de 1994, *RAJ*, núm. 8837.

(38) STS de 18 de septiembre de 1996, *RAJ*, núm. 6726.

por parte del constructor, teniendo como objeto la cesión de solar por pisos a construir.

Partiendo de la consideración de permuta, al cobrar gran apogeo en el sector inmobiliario, creo conveniente ofrecer una visión general sobre dicho contrato, para luego centrar la atención en las características del mismo aplicado al mundo inmobiliario, en concreto, en el intercambio de solar por edificación futura.

III. CONCEPTO

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 aquél la propiedad de uno o varios pisos, locales, garajes o trasteros en el edificio futuro que ha de construir sobre dicho solar (39), en un plazo determinado y con unas obligaciones y características que se detallarán en la escritura de 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 con su venta) (40).

(39) Lo más frecuente será el cambio de solar por inmuebles a construir sobre él. Pero también puede hacerse el cambio obteniendo los inmuebles sobre solar distinto, aunque en este último caso las características del contrato son bien distintas.

Piénsese en el supuesto de que el propietario del solar quiera unos pisos para disfrutarlos inmediatamente por necesitarlos, o por interés de destinar los pisos a vivienda familiar.

Es evidente que si el intercambio es de cosas actuales —solar por piso ya edificado sobre otro terreno— sus consecuencias son totalmente distintas, a título de ejemplo, en cuanto a las garantías no será necesario buscar soluciones para poder recibir el bien, no recurriendo a pactos como el de reserva de dominio, condición resolutoria, ni a las reglas de contratación sobre cosas futuras, etc.; rigiéndose por las normas ordinarias del contrato de permuta.

(40) Debemos recordar las distintas modalidades que puede revestir este contrato, ya que el contrato de cambio de solar por edificación futura puede revestir varias vertientes y, por lo tanto, el intercambio puede consistir en una parte del inmueble futuro, o una participación indivisa sobre el mismo, o una cantidad de dinero o una combinación de lo anterior, es decir, parte del inmueble y dinero. Modalidades que simplemente enumeramos sin entrar en su análisis.

Este tipo de intercambio puede configurarse como permuta de cosa presente por cosa futura (41); puesto que para poder hablar de permuta no es necesario que ambos objetos a permutar existan 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 (42).

IV. TRATAMIENTO JURIDICO

En nuestro ordenamiento jurídico no parece haber obstáculo al reconocimiento de este negocio de permuta, al amparo de los artículos 1.538 (43), 1.271 (44) y 1.255 (45) del Código Civil, que tendrá injertado prestaciones propias del arrendamiento de obras (46), pero sin llegar por ello a confundirse con este contrato como hacen algunos autores.

Al respecto debemos acudir a la Sentencia de la AP de Córdoba, de 25 de julio de 1996 (47), al decir que, «llámese "permuta especial" o "contrato

(41) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta... op. cit.*, pág. 344. El negocio consiste sustancialmente en el cambio proyectado. «No es ésta, desde luego, la única posibilidad negocial mediante la cual el dueño de un solar pueda conseguir la misma finalidad de adquirir en el futuro la propiedad de determinados apartamentos del inmueble que se vaya a realizar sobre el solar mismo. Las figuras pueden ser muy variadas... Cabe, por ejemplo, el simple arrendamiento de obra o la cesión por el propietario del solar de una cuota indivisa sobre el mismo al constructor, equivalente a lo que éste vaya a quedarse luego en pisos y locales; o la formación de cualquier entidad asociativa, ya sea sociedad civil, mercantil, cooperativa, etc.; o la transmisión del solar, pero reteniendo el dueño del terreno su dominio, etc.

(42) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta... op. cit.*, pág. 46. Recoge como supuesto específico de esta modalidad de permuta de cosa presente por cosa futura, «la permuta de solar edificable por parte de las viviendas a construir».

(43) El artículo 1.538 del Código Civil: «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».

No existe duda en definir el concepto de permuta en general, y la doctrina para ello parte de este artículo 1.538 del Código Civil.

Vid. en este sentido, VÁZQUEZ BONOME, A., *Elementos de Derecho público y privado*, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1991, pág. 83.

(44) Artículo 1.271 del Código Civil: «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras...»

(45) Artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

(46) Simplemente considero aplicable algún precepto del arrendamiento de obra como es el artículo 1.591 del Código Civil. No queriendo decir que implique su aplicación el reconocimiento como tal contrato de obra, postura mantenida por parte de la doctrina y en algunas sentencias del Supremo, juzgándole como «permuta con prestación subordinada de obra».

(47) SAP de Córdoba, de 25 de julio de 1996. Arz. Civil núm. 1327. En la litis de autos la parte actora ejercita contra la demandada acción de resolución, con indemniza-

atípico" —ya que la calificación jurídica carece de efectos prácticos, 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 1.255 del Código Civil, establecerán en el contrato cuantas cláusulas consideren necesarias para alcanzar los fines perseguidos por ambos al crear esta nueva modalidad de contratación. A falta de esa voluntad expresa, serán aplicables al contrato las normas que establece nuestro Código Civil para la compraventa o permuta, en caso— y, en lo que se refiere a los problemas relacionados con la obligación de hacer del constructor, algún que otro precepto regulador del arrendamiento de obra».

La consideración de contrato de permuta es encajable en el contrato de cambio de solar por edificación futura, ya que, como su nombre indica, se trata de un «cambio», y uno de los negocios por excelencia de la modalidad del cambio, es obvio, que es la permuta (48).

El tratamiento del caso presente tiene perfiles propios y peculiares problemas. Se centra en la figura de la permuta, contrato prácticamente ignorado por el Código Civil, que lo despacha en una definición, dos reglas precisas sobre permuta de cosa eviccionada y una norma de remisión, todo lo cual no hace sino poner de manifiesto que el Código Civil sólo contempla la permuta manual y deja sin tratamiento la figura en general, que hay que componer con principios y normas a inducir con mucha frecuencia en la doctrina general de las obligaciones y contratos. Estos problemas se verán notablemente agudizados cuando, una de las contraprestaciones no tiene existencia objetiva y es futura (49).

ción de daños y perjuicios, del contrato de permuta que liga a ambos, de fecha 26 de septiembre de 1994, por el que el actor se comprometía, como así hizo, a ceder a la otra parte la finca urbana de su propiedad, sita en la calle Héroes del Santuario de la Virgen de la Cabeza de Cabra, número 2A, hoy Avenida de José Solís, número 70, a cambio de que ésta construya sobre el solar resultante del derribo de la misma una nueva edificación, recibiendo como contraprestación los elementos que en el referido contrato se hacen constar.

(48) Vid. artículo 1.538 del Código Civil. Cada contratante se obliga a dar una cosa para recibir otra, no existe duda en cuanto a la existencia de intercambio de prestaciones, cuestión distinta es sobre el objeto de este contrato, es decir, qué bienes pueden ser objeto de este contrato. ¿Es posible la permuta de cosa futura? Contestamos afirmativamente, al igual que es posible para la compraventa.

Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Vol. 2.º, 8.ª ed. Librería Bosch, 1989, Barcelona, pág. 104 y sigs., al tratar de la permuta.

Vid. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, 15.ª ed., Reus, S. A., Madrid, 1993. Revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella, págs. 200 y sigs., sobre la permuta en general.

(49) Vid. MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963. Valencia, 1967, *op. cit.*, pág. 71.

Existen obligaciones y derechos por ambas partes contratantes, y en su virtud, el dueño del solar transmitirá normalmente (50) la propiedad del solar a la otra parte contratante mediante la tradición instrumental, conforme al artículo 1.462 del Código Civil (51), aplicable a este caso por virtud del artículo 1.541 del mismo cuerpo legal (52).

ZURITA MARTÍN (53) opina que el supuesto de aportación que con más frecuencia aparece en nuestra jurisprudencia es el intercambio de solar por pisos o locales pertenecientes al edificio que se ha de construir sobre el solar en cuestión. Esta modalidad presenta conexiones con tres de los contratos que regula el Código Civil: la compraventa, la permuta y el arrendamiento de obra.

En el caso de la aportación, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada a cambio no de un precio cierto, sino de otra cosa que todavía no existe. El hecho de que nuestro 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.

DE LA CÁMARA incluye notas del arrendamiento de obra al hablar de obligación de construir, como vemos cuando dice: «El solar se transmite al constructor desde el momento en que se concierta la operación, consiste en una permuta de cosa presente por cosa futura. No se trata de una permuta simple, sino cualificada por la obligación del adquirente del terreno de construir» (54).

MUÑOZ DE DIOS (55) rechaza la naturaleza de permuta de este contrato de cambio de solar por edificación futura, basándose en argumentos históri-

(50) Digo «normalmente», ya que este tipo de contrato puede tener las cláusulas que las partes tengan por conveniente, siempre con el límite del artículo 1.255 del Código Civil. Por lo tanto, los contratantes pueden pactar que el dueño del solar no transmita inmediatamente el dominio del suelo estableciendo una reserva de dominio.

(51) Artículo 1.462 del Código Civil: «Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario».

(52) Artículo 1.541 del Código Civil: «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».

Vid. ENNECCERUS, L., *Derecho de obligaciones*, 15.^a revisión por Heinrich Lehmann. 3.^a ed., vol. 2, Doctrina especial, 1.^a parte, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1966.

Página 189: «A la permuta se aplican correlativamente en todos los aspectos las disposiciones sobre la compraventa».

(53) Vid. ZURITA MARTÍN, I., *El contrato de aportación de solar*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, pág. 10.

(54) Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *Estudios de Derecho civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985, págs. 359 y 360.

(55) MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar...*, op. cit., pág. 24.

cos (56), legales, doctrinales, lógicos y jurisprudenciales, pero que no estimamos acertados.

No obstante, recoge este autor tres supuestos en que estima que puede hablarse de permuta (57): el caso de que se trate de una manzana o polígono, pretendiendo construirse en todo su conjunto, y sean titulares de su suelo varios propietarios; el de la agregación del solar aportado a otro de que era titular el constructor; y el caso de polígono con terrenos pertenecientes a varios propietarios, cuando se tenían que agrupar para construir una sola edificación.

Es más, afirma que la confusión doctrinal de considerar permuta esta figura proviene del abuso en la copia del derecho italiano, transportando al nuestro soluciones de aquél, sin analizar profundamente si pueden tener un encaje adecuado, en base a nuestros propios principios jurídicos (58).

Para MONET (59) la modalidad de cesión de suelo por vuelo puede presentarse como permuta del solar por apartamentos del edificio a construir sobre el mismo.

Se trata del supuesto en que el propietario del solar conviene con el constructor la permuta del solar, que así adquirirá en propiedad el constructor, por las unidades de obra que se pacten del edificio a levantar por el constructor sobre tal solar, que así pasarán a ser propiedad del cedente cuando se construyan.

Estamos ante el supuesto más típico, el más habitualmente vivido en la práctica de los hechos como solución primaria al problema general.

Debido a su objeto, podemos afirmar que estamos en presencia de un típico contrato sobre cosa futura objetivamente inexistente. Para MONET (60) siempre se tratará de contraprestación de pisos en proyecto, pues por definición no cabe que se trate de pisos en construcción. Postura que no aceptó la postura de DE LA CÁMARA de entender pisos en proyecto equivalentes a pisos comenzados, cuando estén perfectamente definidos conforme al proyecto de edificación correspondiente.

(56) Un estudio histórico detallado nos ofrece DE LA ROSA DÍAZ, P., *La permuta (desde Roma al Derecho español actual)*, Montecorvo, Madrid, 1976.

(57) MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar...*, op. cit., examinado en sus páginas 28 y 29.

(58) MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar...*, op. cit., pág. 30.

(59) Vid. MONET Y ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963. Valencia, 1967, págs. 70 y sigs.

(60) MONET Y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial...* op. cit., pág. 71.

V. CONEXION CON EL CONTRATO DE OBRA

Igualmente MONET estima este supuesto, no como simple permuta por cosa futura, desconectándola de la obligación de construir que tiene el adquirente del solar. Se trata de permuta por cosa futura con prestación subordinada de hacerla, comporta prestar la actividad necesaria para la producción de la cosa que se espera, como medio de posibilitar y realizar la prestación principal del adquirente del solar y permutante de los pisos.

Estamos, en su opinión, ante un contrato de permuta de solar por pisos futuros que tiene obligación de hacer y dar el constructor.

La peculiaridad estriba en reconocer aplicable para el saneamiento el artículo 1.591 del Código Civil sobre arrendamiento de obras, así como la norma del artículo 1.589 del Código Civil, respecto a los riesgos.

Destaca la consideración que otorga sobre la cosa futura al distinguir: si llega a tener existencia, el contrato produce todos sus efectos reales y obligacionales, típicos y definitivos. Por el contrario, si la cosa no llega a existir, el contrato deviene ineficaz por nulidad absoluta o de existencia conforme al artículo 1.261 del Código Civil.

Postura que no comparto, pues debería aplicar a este contrato la misma argumentación que mantiene para la compraventa de pisos en construcción, es decir, aplicar el artículo 1.124 del Código Civil; me baso en la asimilación de pisos proyectados conforme a un proyecto urbanístico y la necesidad de determinación del objeto, conforme al artículo 1.273, ya que si esto no fuera posible es obvio que si se aplicaría el artículo 1.261 del Código Civil (61).

VI. ELEMENTOS

No vamos a detenernos en el análisis completo del contrato de permuta, pues simplemente —en epígrafe **aparte**— nos fijaremos en alguno de los elementos más utilizados en la práctica, principalmente la condición y el plazo, que las partes suelen añadir al contrato base.

Conviene indicar que algunos autores aconsejan consignar en el contrato el clausulado correspondiente a la facultad permisiva en el permutante constructor de constituir y distribuir hipotecas, otorgar declaraciones de obra nueva, constituciones de propiedad horizontal, **formalización** de estatutos en su caso, etc.

(61) No obstante, este mismo autor en su página 74, de esta obra, después de proclamar la aplicación del artículo 1.261 del Código Civil, se plantea el interrogante de sustituir el artículo 1.261 por el 1.124 del Código Civil, recurriendo al análisis del contrato concreto de que se trate y al grado de edificación que conste ya realizado.

1. ELEMENTOS PERSONALES

Deben intervenir, al menos, dos personas, el dueño del solar y el adquirente del mismo.

A) *Dueño del solar. Tradens*

El dueño del solar, tradens o propietario del suelo (o edificio a demoler o rehabilitar), puede ser una sola persona o varias, según pertenezca la propiedad a una o varias personas y, en este último caso pueden actuar todas ellas conjuntamente o delegar en un representante que actúe por todos ellos.

B) *Adquirente del solar. Accipiens*

El adquirente del solar, accipiens, será la persona que se obliga a entregar a cambio del suelo, unos determinados bienes inmuebles: pisos, locales, garajes o trasteros, que se vayan a construir generalmente sobre ese mismo solar, aunque a veces pueda pactarse la entrega de inmuebles sobre otro solar distinto.

Este adquirente es conocido en el sector inmobiliario con el nombre de promotor o constructor, según que simplemente actúe promoviendo la construcción de edificios, es decir, contrate con otra u otras personas la edificación futura de los inmuebles bajo su supervisión, o bien sea el mismo adquirente del solar el que efectivamente vaya a encargarse de la edificabilidad. Creemos que tiene importancia la distinción de estas figuras para aminorar las posibles consecuencias de incumplimiento del contrato de cambio. En todo caso, el concepto de promotor no lleva implícito el de constructor (62).

2. ELEMENTOS REALES

Elemento típico de este contrato de cambio de solar por edificación futura será, como su propio nombre indica, el terreno apto para ser edificable de acuerdo con las normas urbanísticas, y por tanto con la calificación de «solar», y su contraprestación será parte de esa edificación futura (63), bien

(62) ZURITA MARTÍN, *El contrato de aportación*, op. cit..., habla simplemente de constructor, como la persona que se compromete a edificar sobre dicho terreno, sin referirse para nada al promotor, lo que considero un error.

(63) Si la cosa no existe al tiempo de celebrarse el contrato, pero se prevé la posibilidad de su existencia, estaríamos ante el problema de las cosas futuras, cuyo intercambio plantea numerosos problemas. Pero su reconocimiento es admitido tanto por nuestra doctrina patria como extranjera.

mediante una asignación específicamente determinada de qué bienes se entregarán o bien señalando unas características generales (64).

Por lo tanto, los elementos reales son: el solar y parte de la edificación futura, aunque también pueden incluirse el precio o porcentaje de venta de la edificación; dependerá, pues, de la modalidad que estemos celebrando, ya que también es posible que conjuntamente se entregue parte de la edificación y dinero (65), sin perder la consideración de contrato de permuta.

3. ELEMENTO FORMAL

Por razón de las circunstancias especiales de este contrato es posible, en virtud del principio de libertad de formas, que el contrato se plasme por escrito en documento privado o bien en escritura pública.

Normalmente se constata en documento privado el objeto del cambio de solar por pisos (66), y a la vez se acude al notario para realizar la venta del solar en que se fija un pago en especie de tantos pisos a construir (venta con precio aplazado), arrastrando numerosos perjuicios para al antiguo dueño del solar que puede verse privado de su contraprestación futura, incluso perder el solar, al transmitírselo al promotor o constructor para su inmediata efectividad, salvo que se garantice suficientemente.

Pienso que es preferible otorgar escritura pública de permuta de solar por los pisos convenidos, según proyecto que se acompañe a la escritura. Dicha escritura de permuta, sí es registrable al amparo del artículo 3 y 2 de la LH. No obstante, cierto sector doctrinal confiere verdadera eficacia a la permuta inscrita frente a terceras personas (67). ¿Se inscribe la permuta con constan-

(64) Debemos tener en cuenta las reglas y criterios de determinación del objeto, en especial, el artículo 1.273 del Código Civil.

(65) El precio puede ser, según la contraprestación pactada, elemento real del contrato de cambio de solar por edificación futura, y según el juego que se dé a este precio, podrá variar la calificación del contrato: como permuta o como compraventa, a tenor del artículo 1.446 del Código Civil. Sin olvidarnos que en la mayoría de los casos media el pago de dinero, pues es difícil una equivalencia total de los bienes objeto del cambio, y se compensa con la mediación de dinero.

(66) MUÑOZ DE DIOS, G., «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», en *RDP*, LXV, diciembre 1981, pág. 1074. Puede exigirse la escritura pública de compraventa en el momento en que habitualmente se otorga el documento privado, porque dicho instrumento público tendrá que ser autorizado más tarde o más temprano.

(67) Como MONET Y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, op. cit., pág. 74.

Pues la inscripción del solar a nombre del constructor expresará la permuta a que obedece, y contendrá, por tanto, amplia referencia de la contraprestación de los pisos

cia de la transmisión futura de los pisos pactados? ¿Afectaría a terceros y jugaría la protección registral del artículo 34 LH?

No voy a detenerme en estos interrogantes, pues nos extralimitaríamos de nuestra labor en este artículo. Adelantamos que el contrato de permuta accede al registro donde consta la titularidad del solar a favor del promotor o constructor (para poder acudir a la obtención del préstamo hipotecario), y no se dará la constancia registral de la contraprestación de tantos pisos con efectos reales (68). Es decir, la contraprestación es una obligación de entregar el precio *in natura* (pisos A, planta 2.^a), obligación puramente personal que no protege al anterior dueño (tradens), independientemente de que al inscribirse la escritura de permuta conste (como sistema causal) (69) la simple indicación de que se entregarán tantos pisos.

Distinto es el caso en que se estipule una condición resolutoria afecta a este cumplimiento, en que sí surtiría efectos frente a terceros, amparando el registro al tradens (70).

En todo caso, entiendo que la permuta de solar por pisos, por sí misma, no protege al tradens, salvo que se acompañe de tales cláusulas, y se tratará de un contrato con efectos meramente obligacionales.

Si se pacta por escrito el contrato de cambio de solar por edificación futura, bajo la forma de documento privado, es evidente que no tendrá acceso al registro en virtud del artículo 3 de la LH (71).

De ahí la conveniencia de reflejar el verdadero acuerdo en documento público, debiendo reflejar todas las cláusulas y pactos que contengan la verdadera intención de las partes.

proyectados, con lo cual se justifica suficientemente la causa de nulidad, conforme a los efectos del artículo 34 LH.

ALONSO CASADO, J., «Permuta (solar por pisos futuros)», en *BIR*, núm. 291, julio-agosto 1992, pág. 1757.

Como la causa del cambio consta explícitamente en el registro, la acción de rescisión se dará contra tercero de acuerdo con el artículo 37.1 de la LH.

(68) Artículo 51.6.º *in fine* del RH: «No se expresarán en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

(69) RDGRN de 11 de junio de 1993, *RAJ*, núm. 5418, plasma el carácter causal, al decir, «la exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser la causa o presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y después practicar debidamente los asientos que procedan».

(70) Artículo 51.7.º RH: en ningún caso se indicarán los aplazamientos de precio no asegurados especialmente. Cfr. artículo 11 LH.

(71) Artículo 3, LH: «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos».

Sin embargo, dependerá de los pactos reflejados en el contrato (72), el que sea oponible a terceros y se permita su acceso al registro.

La especialidad viene motivada por tratarse de cosa presente —solar— y cosa futura —inmuebles a construir, sean pisos, locales, garajes o trasteros—, pues a tenor del artículo 8.4 LH, la inscripción dependerá del estado en que se encuentre la edificación, pues como mantiene CAMY (73) respecto a las viviendas que deben entregarse a cambio, será sólo una promesa de transmisión futura, que no tendrá acceso al registro, salvo como condición resolutoria en cuanto a la entrega del solar permutado.

Interesa al respecto la RDGRN de 16 de mayo de 1996 (74). Esta resolución tiene su importancia en cuanto a su reflejo registral, en su fundamento de derecho número 4, que por su trascendencia reproduzco íntegramente:

CUARTO.—«Por otra parte, reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir ha de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que, *si el párrafo 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción —cfr. art. 8.4 de la Ley Hipotecaria—) nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca, aunque todavía figure registralmente como solar; antes al contrario*

(72) RDGRN de 27 de marzo de 1947, *RAJ*, núm. 440, acoge la posición jurisprudencial y legislativa modernas que se oponen a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder alcance real a los pactos.

Por su parte, la Resolución de 27 de octubre de 1947, *RAJ*, núm. 1480, «no cabe en nuestro sistema hipotecario constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real».

(73) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. II, 3.^a ed., Aranzadi, 1983, pág. 59.

Señala como supuesto de permuta especial, la de solares que se realicen a favor del Instituto Nacional de la Vivienda, para construir en ellos viviendas de renta reducida, la que podrá celebrarse a cambio de la entrega por éste al Ayuntamiento de la propiedad de un número de viviendas equivalentes al solar, de entre las que hubieran de edificarse (art. 96 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales). Por lo que en el momento del contrato, la transmisión del solar será un contrato de plena eficacia real, en tanto que respecto a las viviendas que deben entregarse a cambio será sólo una promesa de transmisión de cosa futura, que no tendrá acceso en el registro, salvo como condición resolutoria en cuanto a la entrega del solar permutado. Problema manifestado por el TS en el sentido de determinar que no pudiéndose precisar al otorgarse el contrato el piso que debe transmitirse, pues no constaban sus elementos individuales ni la cuota exacta en los comunes ni cuáles fueran éstos, el contrato había que calificarlo como de promesa de venta y no como contrato de venta.

(74) RDGRN de 16 de mayo de 1996, *RAJ*, núm. 3950.

avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (arts. 1, 2 y 9.3 LH); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8.4, párrafo 2.º, *in fine*, Ley Hipotecaria); la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquélla y del edificio resultante (cfr. arts. 392.2 del Código Civil, 2 de la Ley Hipotecaria, 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 8.4.º de la Ley Hipotecaria, y 16.2 de la RH y RDGRN de 5 de noviembre de 1982 y 18 de abril de 1988). Además, y de conformidad con lo anteriormente apuntado, *una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar determinará que la primera inscripción del elemento privativo, cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local, ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo*».

Así como su fundamento número 6: «Queda por último, la cuestión de si inscritos a favor del constructor todos los pisos y locales del edificio construido, puede practicarse una segunda inscripción de los cinco pisos y locales objeto de la permuta a favor del cedente, en virtud de ese mismo título. Puede pensarse que los principios registrales de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos registrales impiden esta segunda inscripción, toda vez que a favor del permutante promotor se inscribió en pleno dominio la totalidad del solar (sin que en el folio respectivo constara como carga, gravamen o coparticipación en esa titularidad dominical, los derechos que adquiriría o retenía la recurrente) lo cual, a su vez, determinó que por él sólo se declarara e inscribiera el régimen de propiedad horizontal, y a su favor se extendieran los primeros asientos de cada uno de los pisos resultantes. Ahora bien, tales obstáculos son sólo aparentes, pues, la inscripción parcial de un negocio en modo alguno puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídico reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento. En definitiva, lo que se pretende es inscribir esos cinco pisos a favor de otra persona en virtud de una transmisión otorgada por el propio constructor y titular registral actual, con la única particularidad de que dicho negocio traslativo es anterior a la inscripción a favor del transmitente de los bienes transmitidos».

VII. ELEMENTOS ACCIDENTALES

En el contrato de cambio de solar por edificación futura es frecuente añadir ciertos pactos condicionales y la intervención de un plazo que puede jugar según el verdadero querer de las partes.

En primer lugar, nos fijaremos en la condición, *ciñéndonos* a las condiciones usuales más utilizadas: suspensiva y resolutoria; en un segundo lugar nos referiremos al plazo.

El uso de estas condiciones se puede encontrar en numerosas sentencias, baste citar a título de ejemplo la STS de 21 de febrero de 1995 (75), en que se condicionó el otorgamiento de la licencia de obras por la Comisión Provincial a la realización de obras de infraestructura o saneamiento.

E igualmente la STS de 21 de diciembre de 1995 (76) en que procede la resolución de una compraventa bajo condición resolutoria de asignación al suelo de la finca vendida de una clasificación análoga a la de la finca contigua incluida en suelo urbanizable programado.

1. CONDICIONES MÁS UTILIZADAS

A) *Condición suspensiva*

Seguimos la postura de MUÑOZ DE DIOS (77) y preferimos no entrar en la polémica doctrinal de si la condición es una con dos efectos, suspensivo y resolutorio, o son dos condiciones distintas, sino que sólo nos limitaremos a considerar cuál es la más apropiada al supuesto negocial. En nuestro derecho goza de mayor predicamento y difusión la resolutoria, quizá por ser en la práctica la más aplicada a causa de las compraventas con precio aplazado y haberla elevado el artículo 11 de la LH al mismo rango de la hipoteca para garantizarlo, y aunque en nuestro caso, muchas veces, existe igualmente un precio aplazado *in natura*, sin embargo, hay una diferencia esencial, y es que en aquéllas normalmente se ha pagado la mayor parte o cantidad suficientemente apreciable y queda aplazada otra inferior que aun la inflación reducirá en su valor real, lo que hace presumir que será satisfecha, aconsejando que se realice la transmisión, porque, salvo un supuesto excepcional, normalmente llegará a consolidarse, pero en el caso que tratamos suele estar todo el precio aplazado, lo que hace indicable que desplacemos el centro de gravedad de la garantía de la resolución hacia la suspensión. Las razones fiscales abogan por la suspensiva.

(75) STS de 21 de febrero de 1995, *RAJ*, núm. 1698.

(76) STS de 21 de diciembre de 1995, *RAJ*, núm. 9429, añadiendo: La aprobación del plan califica el suelo de aquélla como urbanizable no programado. «Por ello no se trata de calificación de suelos análogos, sino perfectamente diferenciados y muy distintos en su tratamiento urbanístico y efectos. Se trata de un género integrado por las especies de programado y no programado».

(77) MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción...*, *op. cit.*, págs. 74 y 75.

La condición suspensiva puede estar acompañada de la previsión de un término dentro del cual el evento condicionante deba adverarse (78); de lo contrario, la parte que haya enajenado bajo condición suspensiva deberá, para readquirir la plena disposición del bien, promover el pronunciamiento judicial acerca de la falta de cumplimiento de la condición al haber transcurrido un lapso de tiempo oportuno dentro del cual el adveramiento previsto por las partes se hubiera debido verificar.

Muestra de lo dicho es la STS de 10 de mayo de 1994 (79), en que se establecía un plazo para el cumplimiento de la condición: «Si en el plazo de dieciocho meses, a contar desde esta fecha, no se obtuviese la calificación de suelo como urbano o urbanizable, las partes de mutuo acuerdo podrán prorrogar este contrato o dejarlo sin efecto». Además, se fijaba un mínimo de edificación: «se otorgue la oportuna licencia de edificación sobre dichos terrenos para la construcción en un mínimo de 40 viviendas unifamiliares adosadas y unifamiliares independientes».

a) Posición jurisprudencial

CAPILLA RONCERO (80) comenta la Sentencia de 18 de diciembre de 1985, contempla una compraventa de inmueble bajo condición suspensiva de solicitar el otorgamiento de la licencia de obras, necesaria para la construcción, y marcándose un plazo para su concesión, quedando tales condiciones sujetas a la efectividad de la compraventa.

El comprador adoptó (81) la precaución de condicionar la compra a la concesión de la licencia oportuna dentro de un determinado plazo de tiempo. Condición que es calificada como suspensiva, aunque su incumplimiento genere la obligación del vendedor de devolver la parte de precio que en concepto de señal le fue abonada en el momento de perfección del contrato. De no haberse adoptado semejante precaución, probablemente hubiera podido conseguirse un resultado equivalente, apreciando la concurrencia de error en el consentimiento del comprador acerca de la cualidad esencial de la cosa.

(78) En Derecho francés, la Sentencia de 3 de febrero de 1982, de *Reccueil Dalloz Sirey*, 1982, pág. 532. Contempla el supuesto de venta bajo condición suspensiva de un terreno a edificar, en espera del otorgamiento del permiso de construir, pasado un tiempo más que prudencial (seis años) se declara que la venta de inmuebles ha caducado.

(79) STS de 10 de mayo de 1994, *RAJ*, núm. 4017.

(80) CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a la Sentencia de 18 de diciembre de 1985», en *CCJC*, 1986, enero-marzo, núm. 10, págs. 3327 y sigs.

(81) CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a la Sentencia de 18 de diciembre de 1985», en *CCJC*, 1986, enero-marzo, núm. 10, pág. 3334.

Igualmente, la STS de 8 de junio de 1990 (82), sobre cesión de solar en contraprestación de parte de edificación futura, tan pronto se obtuviese el correspondiente permiso de obras; o la Sentencia de 8 de marzo de 1995 (83), al expresar la cláusula tercera del contrato: «que esta transmisión queda sujeta a la condición suspensiva de obtenerse la cédula de calificación definitiva del edificio del que forman parte las fincas objeto de esta escritura, por parte de la entidad vendedora. Caso de no concederse dicha cédula de calificación definitiva en el plazo de tres años, la entidad compradora podrá, a su elección y mediante instancia, resolver el contrato o perfeccionar la compraventa»; o la de 7 de julio de 1995 (84), sometiéndose el contrato a la condición suspensiva de obtener en plazo licencia de obras, con una edificabilidad mínima.

El contrato que esté pendiente de esta condición suspensiva, supeditada a la efectiva licencia de obras, no depende exclusivamente de la voluntad del *accipiens* para su cumplimiento; sin perjuicio de que éste viniese obligado a realizar todas las gestiones necesarias para la obtención de la licencia de edificación, pero su concesión dependía, única y exclusivamente, de la autoridad administrativa competente; estamos ante una condición simplemente potestativa cuya validez no ofrece duda alguna, como ciertamente expone la Sentencia de 30 de septiembre de 1993 (85).

La DGRN también se ha manifestado en el mismo sentido, así la Resolución de 5 de octubre de 1994 (86) es clara: se trata de una relación jurídico-real consolidada en la que solamente está pendiente su cumplimiento, que se encuentra necesariamente vinculado al otorgamiento de una licencia municipal de obras.

b) Estipulaciones

Debido a la finalidad del contrato que analizamos es frecuente estipular alguna condición como la siguiente (87): «La eficacia de este contrato queda supeditada a que a los compradores se les conceda el préstamo hipotecario, que deberán notificar al vendedor antes del 15 de noviembre del año en curso, y caso de que no se conceda la citada hipoteca quedará anulado el presente contrato». Se trata de una verdadera condición suspensiva, un acontecer futuro (se encontraba por venir) e incierto (la concesión del préstamo hipotecario podía o no producirse).

(82) STS de 8 de junio de 1990, *RAJ*, núm. 4743.

(83) STS de 8 de marzo de 1995, *RAJ*, núm. 2154.

(84) STS de 7 de julio de 1995, *RAJ*, núm. 5566.

(85) STS de 30 de septiembre de 1993, *RAJ*, núm. 6663.

(86) La RDGRN de 5 de octubre de 1994, *RAJ*, núm. 7654.

(87) Extraída de la STS de 20 de octubre de 1993, *RAJ*, núm. 7749.

Durante la fase de pendencia de las condiciones suspensivas, indicaremos que como bien dice la Sentencia de 24 de junio de 1995 (88): «aunque la obligación ya ha nacido no produce la plenitud de sus efectos, no obstante lo cual, es lo cierto, que el acreedor tiene ya las necesarias facultades para asegurar la tutela o garantía de sus derechos evitando, que en tanto la condición se cumple, pueda verse perjudicado en sus intereses, consecuencia de lo cual es que cumplida la *conditio*, el contrato adquiere plenitud y sus plenos efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

Otros autores acuden a la *conditio iuris* constituida por la construcción del edificio, que mantiene suspendida la eficacia real del negocio en tanto no se edifique.

B) *Condición resolutoria*

Para garantizar al dueño del solar permutado la construcción, se acostumbra a poner la cláusula resolutoria consistente en que si en el plazo fijado no se entrega la obra en las condiciones prefijadas, y salvo casos de fuerza mayor, se resuelve de hecho y de derecho el contrato y el dueño del solar recuperará la libre disposición del mismo y hace suyas las obras útiles y necesarias efectuadas por el constructor, mediante entrega al mismo de un tanto por ciento, a fijar, de su valor (89). Con ello se evita el incumplimiento del constructor (90), y por otra parte se garantizan, según MARTA (91), mediante el pago de parte del precio de la obra construida, las deudas que, por materiales o salarios, pudiera tener dicho constructor.

Para seguridad del dueño del solar cabe que se pacte en la permuta de cambio de solar por edificación futura que el incumplimiento por cualquier causa por parte del adquirente del solar, de su obligación de construir el piso o local o en general la edificación proyectada en los términos previstos, y tener los locales correspondientes a disposición del transmitente del solar, «operará como condición resolutoria explícita».

(88) STS de 24 de junio de 1995, *RAJ*, núm. 4984.

(89) La Sentencia de 18 de junio de 1990, *RAJ*, núm. 4766, contempla el supuesto de cumplimiento de la condición resolutoria expresa consignada en la escritura, siendo procedente por ello, declarar la resolución de la cesión gratuita y la reversión a favor del Ayuntamiento.

La validez de las cláusulas resolutorias se permite al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, como bien señala la Sentencia de 23 de enero de 1991, *RAJ*, núm. 311.

(90) STS de 5 de abril de 1990, *RAJ*, núm. 2944, se garantiza el cumplimiento de las obligaciones del constructor con condición resolutoria expresa.

(91) MARTA FONTAS, E., *Venta de solares en la modalidad de permuta*. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 9.

Aclarando más el sentido de dicha condición, convendrá añadir: «en otros términos, incumplida que sea su obligación en el tiempo y modo previsto por el adquirente del solar, podrá el transmitente ejercitar un derecho potestativo extintivo de resolución del presente negocio que al efecto se le reconoce para dicho evento, evento que se considerará suficientemente probado con la simple certificación del arquitecto. Quedará resuelto el contrato con la notificación que de su voluntad en ese sentido haga el transmitente al adquirente por medio de acta notarial. Ahora bien, como el adquirente del solar, en la mayoría de los casos, acudiría al crédito y difícilmente recibiría dinero a préstamo con garantía hipotecaria mediando tal condición resolutoria, conviene entonces pactar la posposición de esta condición resolutoria en favor de la hipoteca que se ha de constituir, cumpliendo los requisitos del artículo 241 RH, que pensamos puede aplicarse a este caso. Realmente, no se pospone, al parecer de LUCAS FERNÁNDEZ (92), condición que, no existe aquí en relación al menos con el total negocio jurídico, sino el derecho potestativo extintivo de agresión patrimonial que correspondería al transmitente para el caso en que se produzca el evento del incumplimiento por parte del adquirente de la obligación que le incumba.

La misma línea es seguida por CHICO Y ORTIZ (93), afirmando que «el dueño del terreno lo es por compra con condición resolutoria de que a la terminación de las obras como parte del precio aplazado deberá ser adjudicado al vendedor los apartamentos que se indican. Pero surge entonces la dificultad de la obtención del crédito: la hipoteca que se constituya quedaría a merced del cumplimiento de esa condición resolutoria y es difícil que en esas condiciones las entidades crediticias ofrezcan dinero. Cabe la solución que apuntaba RODRÍGUEZ ADRADOS al entender que la condición resolutoria expresa funciona como un derecho real de garantía y que, al igual que la hipoteca, tenga un rango registral que, en principio, es negociable, siendo, a su juicio, la cláusula de posposición del pacto comisorio».

ROCA (94) se refiere al problema importante del pacto de *lex commisorio*, si entraña el establecimiento de una verdadera condición y si ésta es suspensiva o resolutoria.

(92) LUCAS FERNÁNDEZ, F., «La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir», en *RDN*, abril-junio 1967, pág. 309.

(93) CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad*. Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1978, págs. 275 y 276.

(94) ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*. Tomo III, octava edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 424.

Hay que sostener que el pacto envuelve el establecimiento de una condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado, porque el efecto resolutorio solamente se produce si el vendedor decide optar por la resolución y no por la acción de cumplimiento del contrato, o sea, por cobrar el precio aplazado que se le debe.

Para GARCÍA-BERNARDO (95) si el piso o local se construye de acuerdo con lo pactado, simplemente hay que prevenir el evento del fracaso de la construcción y de la pérdida del solar por deudas del adquirente. La condición resolutoria y negativa, cuyo objeto sea la no construcción del piso en los plazos y forma convenidos, es una solución, esto tiene en cierto modo carta de naturaleza en el artículo 11 LH y 58 RH.

a) Posición jurisprudencial

La RDGRN de 13 de junio de 1962 (96) permite el aplazamiento de pago garantizado con condición resolutoria.

En el mismo año la Resolución de 18 de junio de 1962 también lo permite (97).

Así como la Sentencia de 27 de septiembre de 1962 (98): Cualesquiera que sean los términos gramaticales empleados en la redacción de la cláusula de aplazamiento de pago del precio siempre que resulte inequívocamente la voluntad de las partes de configurar el impago como condición resolutoria podrá inscribirse, conforme al artículo 11 de la LH, en el Registro de la Propiedad, a fin de que sea eficaz respecto de terceros.

También es frecuente pactar una condición resolutoria del contrato, para el supuesto de que el Ayuntamiento, o los demás organismos oficiales, no autoricen la construcción según el proyecto realizado por el arquitecto X, modalidad contemplada en la Sentencia del TS de 13 de diciembre de 1989 (99).

(95) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Piso futuro y viviendas acogidas», en *RCDI*, 1970, págs. 742.

(96) Vid. CAMY, B., «Comentario a la RDGRN de 13 de junio de 1962», en *RDP*, Tomo XLVI, 1962. En la página 683 recoge unos postulados necesarios para la plena validez de esta condición resolutoria.

(97) CAMY, B., «Comentario a la RDGRN de 18 de junio de 1962», en *RDP*, Tomo XLVI, 1962, págs. 913 y sigs. Se somete la compraventa a la condición resolutoria de la falta de pago en sus respectivos vencimientos de cualquiera de las letras de cambio. Se exige que la obligación de pagar el resto del precio aplazado tenga un cumplimiento fijo.

(98) STS de 27 de septiembre de 1962, *RAJ*, núm. 4306. Compraventa condición resolutoria expresa.

(99) STS de 13 de diciembre de 1989, *RAJ*, núm. 8825.

Lo encontramos en la STS de 19 de noviembre de 1994 (100): «de no autorizarse por el Excmo. Ayuntamiento y Organismo competentes la edificación del número de plantas prevista, el contrato se entendería nulo y sin valor y efecto».

2. ¿HAY CONDICIÓN IMPLÍCITA EN EL SUPUESTO DE ADQUISICIÓN DE SOLAR INEDIFICABLE CREYENDO QUE ERA EDIFICABLE?

Existe verdadera condición cuando las partes la han estipulado expresamente en el contrato, pero qué ocurre si del examen del mismo deducimos que la intención de las partes era que el solar reuniera unas condiciones, como puede ser la susceptibilidad de edificación, incluso la adquisición de una determinada edificabilidad (101).

Este tema está fuertemente vinculado a los vicios del consentimiento, pues el prestado por el *accipiens* adolece de error en la identidad del objeto, siendo posible anular el contrato en virtud del artículo 1.265 del Código Civil, para lo que cuenta con un plazo de cuatro años.

MEDINA LEMUS (102) pone el ejemplo siguiente: si se compra una determinada superficie declarándose que supone la cantidad imprescindible para construir un determinado inmueble y después resulta que es menor e inadecuada para la construcción exigida, se ha producido un error no de puro cálculo, sino esencial, y en consecuencia, el comprador tiene derecho a la anulación del contrato y el vendedor no puede pretender mantenerlo con una simple reducción en el precio.

También será posible la resolución contractual, cuando, a través del cum-

(100) STS de 19 de noviembre de 1994, *RAJ*, núm. 8537.

(101) Supuesto diverso a la adquisición de solar inedificable vendido como edificable contempla la Sentencia de 7 de febrero de 1994, comentada por REBOLLEDO VARELA, A., *CCJC*, núm. 35, abril-agosto, 1994, págs. 505 y sigs., en que se deniega la licencia de edificación resultando la imposibilidad de cumplir su prestación la vendedora sin culpa alguna por su parte, debido a decisión administrativa, estimando la resolución. A juicio de este autor, la edificabilidad, sujeta a la normativa urbanística, corre por cuenta y riesgo del constructor-vendedor, salvo existencia de condición, caso fortuito o fuerza mayor. Y en esta sentencia se une denegación de licencia de construcción, a imposibilidad legal por impedimentos urbanísticos y al carecer de culpa el vendedor se consiente la resolución, criticando REBOLLEDO la posición jurisprudencial esperando que «la tesis de la presente resolución no acabe constituyendo doctrina legal».

Por mi parte, estoy de acuerdo en la necesidad de sentar tal distinción, ya que se permite por la Ley el juego de los elementos accidentales, como se constata por el uso frecuente de condiciones en los contratos.

(102) Vid. MEDINA DE LEMUS, M., *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 255.

plimiento defectuoso de la prestación —entrega del solar inedificable—, se frustra el fin perseguido por el negocio.

A esta posibilidad se refieren, entre otras, las siguientes sentencias:

- STS de 18 de febrero de 1985 (103), estimando la venta de una parcela con finalidad de construir sobre ella, resultando no ser edificable por no tener la condición de solar y admitiendo el error sobre el objeto determinante de la nulidad del contrato.
- Sigue la misma línea marcada por la sentencia antes vista, la STS de 27 de marzo de 1989 (104), bajo la creencia inexacta de que dicho terreno era apto para la edificación, llega a la nulidad del contrato. A su tenor: «...los hechos básicos acreditados son aptos para extraer la deducción lógica de que, de haber conocido la prohibición de edificar, el comprador no hubiera adquirido el terreno o no hubiera dado por él un precio excesivo; llegándose a la conclusión que el error a que fue inducido fue la única razón de haber celebrado el contrato. Hay, en definitiva, un enlace preciso y directo, entre las circunstancias fácticas del terreno objeto de la venta, y la conclusión que de las mismas indujeron al comprador a error por no habersele oportunamente informado de ellas, llegando mediante ese error a la nulidad del contrato, a través de los artículos 1.261, núm. 1 y 1.265 del Código Civil».
- En cambio, la STS de 8 de febrero de 1993 (105) no protege el vicio o error pretendido por el comprador, puesto que el carácter urbanizable no fue condición especial que motivase la prestación del consentimiento. Es más, en la fecha de celebración del contrato no se permitía tener por cierto el destino urbanístico del solar antes de la aprobación del plan parcial correspondiente, incluso se dice que al tiempo de la perfección del contrato, la situación urbanística coetánea y las previsiones, más o menos probables, eran conocidas por la entidad recurrente.
- Estudiando la Sentencia de 20 de junio de 1996 (106), conviene fijarse en ciertos datos. «Atendiendo a la literalidad del contrato, lo que se vendió fueron unos solares perfectamente identificados con existencia real y constatación registral. No se supeditó la eficacia del negocio a edificabilidad inmediata de las parcelas enajenadas ni a condicionamiento urbanístico alguno. *Aunque no resulta preciso que se mencione la palabra condición, ésta cabe entender que se pactó cuando del*

(103) STS de 18 de febrero de 1985, *RAJ*, núm. 560.

(104) STS de 27 de marzo de 1989, *RAJ*, núm. 2201.

(105) STS de 8 de febrero de 1993, *RAJ*, núm. 690.

(106) STS de 20 de junio de 1996, *RAJ*, núm. 5105.

contenido contractual se deduzca de forma totalmente clara y contundente la intención de los contratantes de hacer depender el negocio concertado de un acontecimiento futuro e incierto, lo que exige se lleve a cabo actividad interpretadora por los tribunales, pues, en todo caso, la existencia de condición en las obligaciones no se presume, al presentarse la obligación condicional como excepción.

En el caso de autos, esta incertidumbre no concurre determinante en relación a las posibles incidencias urbanísticas que podían afectar a los solares enajenados y tanto respecto a los vendedores como a la sociedad compradora y a ésta con mayor intensidad, por dedicarse habitualmente a actividades constructivas. En este sentido hay que hacer constar y reputar como actividad normal de diligencia en una constructora, procurar conocer la situación de las parcelas que adquiere, si lo es con la finalidad decidida de edificar en las mismas, lo que le facilitaba la normativa legal, ya que el artículo 55 del TRL del Suelo, de 9 de abril de 1976, reconoce el derecho que corresponde a todo administrado de que el Ayuntamiento le informe por escrito en el plazo de un mes a contar de la solicitud del régimen urbanístico aplicable a una finca o sector (lo que mantiene el art. 43 de la vigente Ley de 26 de junio 1992), y si bien las partes ejercitaron dicho derecho de información, lo fue con posterioridad a la celebración del contrato, cuando bien pudieron llevarlo a cabo en tiempo anterior.

Por consecuencia de lo expuesto nos encontramos ante una obligación concertada libremente sin condicionamientos expresos ni deducidos y, por tanto, de naturaleza pura, que resulta exigible en sus propios términos contractuales, pues el artículo 113, declara su exigencia «desde luego», es decir, sin limitación que no se hubiera pactado.

En el contrato nada se pactó sobre las incidencias urbanísticas, ni que los solares se hubieran vendido condicionados a su inmediata edificabilidad, pues la misma no resulta totalmente prohibida, sin perjuicio de los efectos por actividades urbanísticas de reparcelación.

— La Sentencia de 28 de septiembre de 1996 (107) se plantea la compra como solar apto para su inmediata edificación de inmueble que urbanísticamente no reúne tal condición, y se declara la nulidad relativa en base al error sobre las cualidades sustanciales de la cosa.

En el presente caso se analiza el término «solar», recurriendo el fundamento 4.º de esta sentencia a la definición dada por la Real Academia de la

(107) STS de 28 de septiembre de 1996, *RAJ*, núm. 6820.

Lengua, al entender este término como «porción de terreno donde se ha edificado o que se destina a edificar en él», lo que implica una aptitud o posibilidad inmediata de edificación.

En la presente, 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 en la escritura pública... *se aprecia la existencia de un error vicio invalidante del consentimiento prestado por los compradores 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*. Textualmente se dice: «...los vendedores recurrentes conocían los motivos o la finalidad para la cual eran adquiridos los terrenos, siendo indudable la trascendencia jurídica de esa motivación determinante de la prestación del consentimiento que, aunque no pueda confundirse con la causa del contrato, tiene la entidad suficiente, en caso de que resulte frustrada, para viciar el consentimiento prestado».

- Analizaremos la Sentencia de 5 de octubre de 1996 (108). Las partes celebraron un contrato de compraventa, por el que los hermanos... vendían a la entidad mercantil URBICSA un solar (plenamente identificado). Del expresado contrato interesa aquí destacar los siguientes extremos: En el expositivo tercero del mismo se hizo constar lo siguiente:

3. Condicionada la presente compraventa a que con la presentación de un contrato de promesa de venta en opción de compra, que en este mismo acto se suscribe, URBICSA logre la Calificación Provisional si se decide por la modalidad de Protección Oficial, y en cualquier caso «la Licencia Municipal de Edificación, de forma que de no obtenerse la calificación, licencia y demás permisos de los distintos Organismos Oficiales, quedará sin efecto alguno este contrato, lo que *se establece como condición fundamental*». En la cláusula tercera se pactó lo siguiente: «La transmisión a URBICSA se hace, en principio, mediante este contrato, comprometiéndose los vendedores a otorgar escritura pública libre de cargas, gravámenes, arrendamientos y al corriente de pagos en toda clase de contribuciones, impuestos y arbitrios, cuando URBICSA obtenga los permisos que le permitan el inicio de la construcción, tanto si opta por la modalidad de Protección Oficial como si optase por hacer promoción libre».

(108) STS de 5 de octubre de 1996, RAJ, núm. 7041.

En la cláusula novena del mencionado contrato se pactó lo siguiente: «Para el supuesto caso de que URBICSA no obtenga, en el plazo de siete meses desde la fecha de este contrato, los distintos permisos de Organismos Oficiales, que hagan posible el inicio de la promoción y construcción en el solar objeto de la presente compraventa, podrá optar por la resolución de este contrato».

Fundamento 5: «...de todo lo expuesto se desprende que la intención de los contratantes fue la de supeditar la producción de efectos del contrato litigioso a la obtención por la entidad compradora de las repetidas licencias, que es la dinámica negocial propia de las condiciones suspensivas...»

3. FORMA EN QUE DEBE HACERSE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CONDICIONES

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 (109), 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 (110), debiendo copiarse literalmente en la inscripción del acto principal como elemento integrante del mismo. Su inscribibilidad está consagrada por varios preceptos, como el artículo 9.2 LH y el artículo 51.6.º RH.

La manera de hacer constar en el Registro de la Propiedad las condiciones suspensivas o resolutorias (111) viene formulada por el artículo 51.6.º 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 9.2.º de la LH, al establecer que, «en la inscripción deberán hacerse constar las condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba». Todo ello sirve para la determinación de la extensión del derecho que se inscribe. Se refieren a la inscripción de las condiciones suspensivas o resolutorias de los actos inscribibles en el Registro, los artículos 10, 11, 23 y 107 LH y complementarios del RH.

No obstante, hay que evitar el ingreso de estipulaciones contractuales al amparo de una interpretación amplia de la palabra condición. El artículo 51,

(109) Vid. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994, *op. cit.*, págs. 435 y sigs.

(110) ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, Tomo III, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, págs. 370 y sigs.

(111) Vid. CHICO Y ORTIZ, *Estudios... Tomo I*, *op. cit.*, pág. 438.

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» (112).

No comparto la tesis mantenida por ALONSO CASADO (113) al proclamar «anticipamos que trazar la línea recta para determinar si tal relación jurídica tiene carácter real u obligacional no nos resultará sencillo, y tampoco nos será fácil sacar adelante palabras para razonar que la figura nueva surge a la vida e ingresa en el Registro sujeta a la condición esencial de derecho de que el *accipiens* construya sobre el solar recibido, o para asimilar la garantía del *tradens* que lo entregó».

Pienso que la entrada al Registro de una permuta de edificación futura no desvirtúa la naturaleza contractual, y no debemos esforzarnos en predicar el carácter real de toda escritura que llegue al Registro, en el presente contrato hay una obligación de dar, concretamente de entregar X pisos, que como tal obligación no tendrá constancia registral, siendo en este punto interesante acudir al objeto del contrato, concretamente al aspecto y naturaleza jurídica de la venta de cosa futura (114).

VERGER (115) duda de los efectos de garantía que pueden producir las condiciones y expone: «el anterior dueño del solar antes de la entrega por el constructor de los pisos determinados que ha de construir y que constituyen la contraprestación del valor del solar, tiene, respecto a los mismos, sólo un derecho personal o a lo más un *ius ad rem* desde que se acomete la construcción de los mismos. No obstante, la constatación en el registro de la obligación del constructor respecto a dicha entrega de pisos determinados al transmitente del solar excluye la buena fe de posibles adquirentes, a quienes aquél pretenda transferir los pisos que debe adjudicar a éste. Sin embargo, el transmitente del solar está expuesto, hasta la entrega, al posible riesgo de un embargo sobre la totalidad de la finca por obligaciones propias del constructor o que éste constituya, contra los intereses del antiguo dueño del solar, una hipoteca sobre todos los pisos, incluso, si no se ha excluido expresamente esta posibilidad, sobre los pisos determinados, objeto, en su día de la adjudicación. La difícil posición del primitivo dueño del solar no se aligera mediante el establecimiento, como se pacta en algún caso, de una condición resolutoria

(112) Respecto a los efectos que producen las condiciones: anteriores o posteriores al cumplimiento. Vid. CHICO Y ORTIZ, *Estudios... Tomo I, op. cit.*, págs. 439 y sigs.

(113) ALONSO CASADO, J., «Permuta (solar por pisos futuros)», en *BIR*, núm. 291, julio-agosto, 1992, pág. 1747.

(114) Tema que analizo separadamente por la especial trascendencia en muchos de los efectos del contrato de cambio de solar por edificación futura, en mi libro *Cambio de solar por edificación futura* (en prensa).

(115) VERGER GARAU, J., «Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal», en *RJC*, enero-marzo, Barcelona, 1981, pág. 243.

con el fin de asegurar las obligaciones del constructor. Entiendo que dichas condiciones resolutorias automáticas, una vez efectuada la notificación fehaciente, son improcedentes para asegurar la obligación de construir unos pisos, ya que no estamos ante una permuta propia o pura, que permita hacer jugar la resolución de pleno derecho del contrato, como en la compraventa por falta de pago del precio en el tiempo convenido, según artículo 1.504 del Código Civil (habla del Código de Comercio, entiendo que es un error), pues es evidente que no se puede equiparar debidamente el pago de una cantidad líquida de dinero con la entrega de unos pisos futuros que se han de construir con sujeción a unos planos. Se trata, sin duda, de obligaciones distintas que no permiten un tratamiento idéntico, especialmente cuando se pretende aplicar un precepto especial y excepcional como es el pacto comisorio del artículo 1.504 que sólo está establecido propiamente para la compraventa. Al contrario, se puede ejercitar normalmente con relación a estas obligaciones referentes a la construcción de pisos, como en todas las demás obligaciones recíprocas en el supuesto de incumplimiento por una de las partes, la acción personal de resolución del contrato, por la que se ha cumplido sus obligaciones, pero por la vía del artículo 1.124 del Código Civil, mediante intervención judicial, cuando las partes no se ponen de acuerdo para verificar la resolución extrajudicialmente».

No comparto íntegramente esta opinión, no siendo el lugar adecuado para rebatirla, pues mezcla varios aspectos, que analizo separadamente, como: condición, trascendencia real, embargo, aplicación del artículo 1.504, etc. Por lo tanto, sería conveniente acudir a cada uno de ellos para ver la línea defendida (116).

4. TRATAMIENTO FISCAL DE LOS CONTRATOS SUJETOS A CONDICIÓN

Para su análisis conviene fijarnos en unas resoluciones que se comentan por MARTÍNEZ LAFUENTE (117) que contemplan dicha estipulación, cuestionándose incluso el que se esté en presencia de una auténtica condición; así se expresó la Dirección General de Tributos en Resolución de 11 de marzo de 1987:

«La obtención de la autorización de la DG de Transacciones Exteriores no puede conceptuarse como una verdadera condición en

(116) Vid. estos aspectos en mi libro *Cambio de solar por edificación futura* (en prensa).

(117) MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 110 y sigs.

sentido técnico-jurídico, sino más bien como un requisito legalmente establecido que determina la plena eficacia traslativa del dominio de un determinado contrato de compraventa de bienes inmuebles a favor de otra parte contratante...

Con arreglo a lo establecido en los artículos 1.113 y 1.114 del Código Civil, a cuyos preceptos se remite el artículo 7 TR del ITP de 1967, para la calificación de las condiciones que se establezcan en un acto o contrato, el contenido de la cláusula contenida en la escritura de compraventa (que condiciona la operación al otorgamiento de la autorización de la DG de Transacciones Exteriores para la adjudicación de la finca a la vendedora) no puede ser calificada en sentido técnico-jurídico como una verdadera condición suspensiva de la que dependa la producción de los efectos jurídicos del contrato de compraventa, sino que éste se ha perfeccionado por la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1.450 del Código Civil y ha producido uno de sus más fundamentales efectos, cual es la entrega del precio pactado a los vendedores, *debiendo calificarse tal limitación o condición, a lo sumo, como condición resolutoria y no como condición suspensiva, pues la misma tendría efecto resolutorio de la compraventa efectuada, caso de que tal autorización no llegara a obtenerse*».

El Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales ha contemplado expresamente este supuesto calificándole de condición resolutoria (118) al indicarse en el artículo 2, apartado cuarto, que:

«La misma calificación se atribuirá a la condición que subordine la transmisión del dominio de terrenos o solares al otorgamiento de licencias o autorizaciones administrativas cuya denegación no afecte a la licitud de la transmisión».

Sin embargo, y como se ha apuntado, otro es hasta ahora el parecer de los Tribunales de Justicia, siendo de mencionar en tal sentido lo expuesto por la

(118) Debemos tener presente para las condiciones resolutorias expresas el artículo 7 TR, de 24 de septiembre de 1993, en su número 3: «Las condiciones resolutorias explícitas de las compraventas a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria se equiparán a las hipotecas que garanticen el pago del precio aplazado con la misma finca vendida. Las condiciones resolutorias explícitas que garanticen el pago del precio aplazado en las transmisiones empresariales de bienes inmuebles sujetas y no exentas al Impuesto sobre el Valor Añadido no tributarán ni en este Impuesto ni en el de Transmisiones Patrimoniales. El mismo régimen se aplicará a las hipotecas que garanticen el precio aplazado en las transmisiones empresariales de bienes inmuebles constituidas sobre los mismos bienes transmitidos».

Audiencia Nacional, que en Sentencia de 23 de marzo de 1993, entendió que procedía demorar la exigibilidad del impuesto que recayó sobre la transmisión de unos terrenos hasta su conversión en solares y obtención de las correspondientes licencias urbanísticas:

«Para resolver esta cuestión es preciso analizar el contenido y finalidad de los pactos suscritos, y concretamente en la escritura de 25 de septiembre de 1984 se establece en la estipulación primera que "la Sociedad Austral y las Sociedades Promoción de Viviendas Levantinas y Urbanizadora y Constructora Levantina, S. A., reconocen que se han cumplido todas las condiciones de las que pendía el otorgamiento de la venta", y "dándola por perfeccionada, la consuman", y al efecto, el representante de Austral Inmobiliaria transmite por esa escritura el dominio de las parcelas a las promotoras adquirentes y las posesiona instrumentalmente de las mismas, según les corresponde; del propio tenor literal de estos pactos se deduce —sin necesidad de acudir a ningún criterio interpretativo— que la voluntad de los intervinientes fue realmente suspender la efectividad de la compraventa al cumplimiento de la condición, que consistía en que los terrenos objeto del negocio jurídico adquirieran la condición de solar.

En efecto, de esta segunda escritura se desprende, con total claridad, que la adquisición no se consumó hasta que por parte de la sociedad enajenante se cumplió tal exigencia, de manera que hasta que los terrenos no obtuvieron la calificación jurídica de solares y contaron con la infraestructura urbanística prevista en la normativa vigente, no se llevó a cabo la transmisión prevista y así se deduce que *la compraventa dependía de un hecho futuro e incierto, característica propia de las condiciones suspensivas*.

Así, pues, es en el momento del cumplimiento de este hecho futuro que se verifica en la segunda escritura de 25 de septiembre de 1984, cuando a tenor del artículo 2.2 del Texto Refundido del Impuesto debe realizarse el pago del mismo, siendo correcta la conducta llevada a cabo por la promotora, que ingresó el importe del impuesto exigible por la transmisión contemplada».

Sintetizando:

Si el contrato *se cumple* y estaba sometido a condición resolutoria, estarán pagados todos los impuestos desde el momento del otorgamiento del contrato, por lo que no procede girar ninguna otra liquidación, salvo la del cumplimiento de la condición resolutoria por Actos Jurídicos Documentados, para hacer constar este cumplimiento en el Registro de la Propiedad. En el supuesto de existir condición suspensiva, se pagará la liquidación correspondiente

que quedó suspendida al otorgar el contrato. Si *se incumple* el contrato y la condición era suspensiva, no procede girar liquidación de ninguna clase. En el caso de la condición resolutoria, si llegara a resolverse por incumplimiento procederá la devolución de lo satisfecho.

5. FIJACIÓN DE UN PLAZO

He indicado la posibilidad de que las partes puedan señalar un determinado plazo para dar inicio o fin a sus estipulaciones (119). El juego de un plazo puede comprender diversos aspectos que oscilan entre: fijar un plazo a partir del cual se entienda producida la condición (120), o bien, marcar un plazo para la entrega de la edificación futura: dentro del cual incluimos el tratamiento del precio aplazado.

A) Reglas prácticas

En casi todos los contratos de permuta de solar por edificación futura nos topamos con el juego de un plazo fijado por la voluntad de las partes, siendo frecuente alguna de estas cláusulas: «La construcción del edificio sobre el solar objeto del presente contrato será realizada en un plazo de ... meses a partir de la concesión de la licencia para la construcción de dicho edificio».

«Dichos inmuebles serán entregados por la sociedad compradora a la parte vendedora, en un plazo no superior a ... meses, a partir de la fecha de la firma de esta escritura».

«El plazo de realización de las obras será de ... meses a partir de la fecha en que don ... (accipiens) obtenga las licencias y permisos necesarios, y libre el solar de obstáculos o impedimentos. A este plazo se añadirá el tiempo que determine el arquitecto director de las obras por conceptos como huelgas, realización de mejoras, etc.».

O bien, «fijándose el plazo máximo de ... meses para iniciar el derribo, y el también máximo de ... meses para la terminación del edificio en condiciones de habitabilidad».

(119) Vid. MIRANDA CABRERA, A., *Manual del promotor inmobiliario*, Comares, Granada, 1995, pág. 135. En el mismo acto del replanteo suele fijarse el día inicial del cómputo del plazo de ejecución pactado.

(120) STS de 15 de febrero de 1994, *RAJ*, núm. 1311. Lo pactado fue la venta de cosa futura por piso a construir, y en cláusula específica se previó la posibilidad de apartarse del contrato el comprador para el supuesto de que las obras no comenzaran en el plazo de seis meses. Por su parte, la SAP de Valladolid, de 13 de septiembre de 1993, contiene un plazo para la entrega de las viviendas, empezando a contar desde la fecha en que la autoridad municipal autoriza de forma definitiva el comienzo de las obras.

Es posible, incluso, reforzar el cumplimiento de la obligación principal mediante la asunción por el adquirente del solar de una prestación complementaria de la principal (entrega del inmueble edificado), consistente en una pena, normalmente de carácter económico para el caso de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento de la obligación principal. A diferencia de los restantes medios de reforzamiento de la responsabilidad del deudor, en la cláusula penal, son las mismas partes del contrato —*tradens* y *accipiens*— los que en el mismo convienen incrementar la responsabilidad del *accipiens* mediante la inclusión de una específica cláusula que agrava la situación del deudor al imponer un plus a la prestación inicial.

SANZ VIOLA (121) señala que entre todas las funciones de la cláusula penal parece esencial la función de garantía. La cláusula penal garantiza la obligación principal, refuerza el vínculo obligatorio asegurando de alguna manera especial, frente al crédito ordinario, la efectividad del derecho del acreedor. Esta función es reconocida por la generalidad de la doctrina que estudia la cláusula penal dentro de las garantías de la obligación.

Se suelen estipular en el contrato en estudio, penalizaciones como:

«Si, habiéndose cumplido en el plazo establecido todos los requisitos y condiciones esenciales antes mencionados, y no existiendo ningún otro impedimento para la realización de la construcción, antes del otorgamiento de la correspondiente escritura pública de **formalización** de acuerdos así pactados, alguna de las partes decidiera rescindir unilateralmente este contrato, deberá abonar, en concepto de daños y perjuicios, a aquélla que no deseara su rescisión, la cantidad de ... pesetas, quedando además de cuenta del que rescinda todos los gastos derivados de este contrato hasta ese momento».

Por otro lado, se encuentra generalmente la estipulación de la cláusula penal como medida preventiva y eficaz de entrega de los inmuebles en el plazo fijado por las partes, pues de lo contrario se señalan unas cantidades, normalmente elevadas, tendentes a dar cumplimiento de los plazos marcados. Puedo citar algunas sentencias que se han ocupado de esta cuestión:

- STS de 3 de noviembre de 1990 (122): la pena convencional establecía un tanto por cada día de retraso.
- La STS de 12 de julio de 1993 (123), igualmente, prevé una indemnización por cada día de retraso, extendiendo su eficacia dicha cláusula hasta la total terminación de las obras.

(121) SANZ VIOLA, A., *La cláusula penal en el Código Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 16.

(122) STS de 3 de noviembre de 1990, *RAJ*, núm. 8460.

(123) STS de 12 de julio de 1993, *RAJ*, núm. 6008.

- La STS de 6 de junio de 1995 (124) estipuló un plazo de tolerancia de quince días sobre el fijado de terminación, pasado el cual el contratista incurriría en una sanción de 25.000 pesetas por cada día de retraso.

B) *Estipulación de los efectos del incumplimiento del plazo*

El dueño del solar agota el cumplimiento de sus obligaciones con el otorgamiento de la escritura de transmisión del solar, que, mediante la tradición instrumental provoca la transmisión del solar. Queda, por tanto, pendiente la obligación asumida por el adquirente, de éste. Quizá lo aconsejable sea concertar que, caso de incumplimiento de tal obligación en el plazo establecido, el transmitente del solar pueda optar, entre exigir el cumplimiento (arts. 1.096 y 1.098 CC), con indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101 CC) (125), supuesto contemplado en la Sentencia de 7 de marzo de 1989, o bien, resolver de pleno derecho la transmisión operada para lo que expresamente se sujeta a la condición resolutoria de falta de cumplimiento de sus obligaciones por el contratista en el plazo establecido (126). Suele estipularse que, caso de resolución, readquirirá el transmitente el pleno dominio de lo transmitido, con las edificaciones o construcciones levantadas, sin tener que abonar cantidad alguna, por éstas (o abonando un determinado porcentaje), a cuyos efectos se entiende que tales obras actúan como indemnizatorias de daños y perjuicios, y que el posible exceso se considera como cláusula penal. Es aconsejable pactar que dicha resolución sólo se produzca tras el requerimiento al deudor y un prudencial plazo de gracia, durante el cual persista el incumplimiento y es igualmente conveniente concertar que el transmitente del solar pueda otorgar por sí solo una escritura de resolución y readquisición del dominio para lo que el contratista le concede poder irrevocable supeditado al requerimiento dicho y el transcurso del plazo de gracia que, en su caso, se le conceda. Suelen completarse las escrituras con lo concerniente a gastos registrales, fiscales y notariales del otorgamiento, a cargo

(124) STS de 6 de junio de 1995, *RAJ*, núm. 5055.

(125) La STS de 7 de marzo de 1989, *AC*, núm. 613, 1989-2, págs. 2118 y sigs., muestra un supuesto de permuta en que se impone al demandado que no cumple, con la entrega pactada más los daños y perjuicios que fija el artículo 1.124 del Código Civil.

(126) Puede establecerse el pacto que permite un derecho de resolución a favor del comprador, para el supuesto de que el vendedor-constructor (*accipiens*) no termine completamente el apartamento en el plazo estipulado. Dicho pacto no es muy frecuente, dado que es corriente que el constructor no termine el piso o local dentro del plazo fijado, y por lo tanto, no le interesa establecer dicho pacto, el cual puede ir acompañado de cláusula penal a favor del *tradens*.

del contratista, incluso los judiciales y extrajudiciales que provoque su incumplimiento.

Así pues, en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de la edificación en el plazo previsto, el comprador podrá, o pedir la resolución del contrato (127) o conseguir que el edificio se eleve a expensas del vendedor con indemnización de daños y abono de perjuicios en ambos casos.

En la Sentencia de 18 de septiembre de 1996 (128) se estima la resolución de un contrato de cesión de solar por pisos a construir en base a un incumplimiento del plazo para edificar. Los hechos se recogen claramente en el Fundamento de derecho 1, al exponer: «...La señora demandante cedió al demandado-constructor la casa situada en la calle Enriqueta Lozano, número 11, de la ciudad de Granada, con 290 metros de extensión superficial, y la obligación por cuenta del constructor de proceder a su demolición y entregar a la dueña de la misma la propiedad de tres pisos en la nueva construcción. El plazo máximo fijado para la terminación de la obra fue de treinta meses, contados a partir de la concesión de la licencia municipal autorizando la demolición de la casa, concesión que tuvo lugar con fecha 23 de septiembre de 1980, por lo que el día *a quem*, para el cómputo del plazo constructivo, finalizaba el día 23 de marzo de 1983».

En el contrato de permuta se hacía constar, al final de la estipulación décima, y después de autorizar la transmisión de sus respectivas pertenencias, «que la validez de cualquier transmisión quedará en todo caso supeditada a la condición suspensiva de que previamente se haya cumplido por parte del señor R., toda la contraprestación convenida a favor de la señora C. M.».

VIII. TRATAMIENTO FISCAL DEL CONTRATO DE PERMUTA

La regla tradicional sobre dicho contrato es la de que en ellas hay que pagar el impuesto por cada transmisión. Es decir, que devienen contribuyentes, ambos permutantes, pues los dos tienen que satisfacer el impuesto (129).

De ahí que uno de los inconvenientes que se ha objetado para el uso del contrato de permuta sea el pago del impuesto, no obstante, el apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario está en alza, pues se garantizan conve-

(127) STS de 24 de noviembre de 1993, *RAJ*, núm. 9210: «Se produce causa de resolución contractual cuando por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó, no puede ser cumplido».

(128) STS de 18 de septiembre de 1996, *RAJ*, núm. 6726.

(129) Esta dualidad de sujetos pasivos es una de las diferencias de la permuta con la compraventa, pues en ésta sólo hay un obligado al pago del impuesto: el comprador.

nientemente los intereses de las partes y por ello no debemos desterrar esta figura jurídica.

1. REGULACIÓN FISCAL

Ninguno de los dos Textos Refundidos aparecidos hasta la fecha contiene una norma específica relativa a las reglas de liquidación de las permutas; ha sido el Reglamento del Impuesto TP de 29 de mayo de 1995, el que recordando algo que es obvio dispone en su artículo 23: «En las permutas de bienes o derechos tributará cada permutante por el valor comprobado de lo que adquiriera, salvo que el declarado sea mayor o resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 21 anterior, y aplicando el tipo de gravamen que corresponda a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes o derechos adquiridos».

La regla general, según MUÑOZ DE DIOS (130), es la tributación por IVA en todo lo relacionado con el sector económico-empresarial y de la construcción y promoción inmobiliaria, hasta la primera venta de lo construido, y lo excepcional es la aplicación del ITP.

2. CALIFICACIÓN

Las liquidaciones a practicar a cada uno de los adquirentes en función de los bienes y derechos transmitidos, no suscitan otra temática que la calificación de una concreta operación como permuta o como compraventa; recuérdese que el artículo 1.538 del Código Civil dispone que: «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra»; al tener el dinero la condición de cosa, se plantea de inmediato el encontrar un criterio diferenciador entre este contrato y el de compraventa, lo cual viene resuelto por el Código Civil de la forma siguiente: «Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, 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 el caso contrario».

La calificación jurídica de los bienes objeto de transmisión, bajo la perspectiva de la intención de las partes al contratar, será lo que permita la exacción única o doble del impuesto de transmisiones patrimoniales, recordando que si hay compraventa existe, asimismo, una doble transmisión patri-

(130) Vid. MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar...*, op. cit., pág. 129.

monial, estando la recepción del dinero exenta del pago del impuesto a tenor del artículo 45.I.B.4) del Texto Refundido del ITP (131).

Pero además de lo que se obtiene de las calificaciones basadas en el Ordenamiento privado, hay que atender igualmente a lo que se desprende de la consideración sistemática de los tributos; ello quiere significar que la afirmación genérica de que en la permuta se practican dos liquidaciones en función de los bienes y derechos adquiridos, hay que ponerla en conexión con la delimitación del impuesto en el seno de la tributación indirecta.

Por ello, en la cesión de solar (132) a cambio de obra pueden aparecer operaciones no sujetas al ITP o limitarse éste a la tributación de la entrega del terreno sobre el que va a ejecutarse la construcción; ya que la cesión de la edificación (133), aún presidida por la idea de permuta, está sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, en concepto de «primera entrega», por lo que, obviamente, no habrá lugar a aplicar el citado precepto reglamentario, que en cualquier caso ha de respetar los principios de ordenación de los tributos.

Aplicando la vigente ley del IVA, la Dirección General de Tributos, por Resolución de 12 de noviembre de 1993, llegó a la misma conclusión al indicar:

«Primero.—En la permuta de un solar por una parte de un edificio a construir sobre el mismo, la entrega del referido solar produce el devengo del Impuesto sobre el Valor Añadido por dicha operación y, además, constituye el pago anticipado de la totalidad

(131) El artículo 45.I.B.4) del Texto Refundido dispone: «B. Estarán exentas: 4. Las entregas de dinero que constituyan el precio de bienes o se verifiquen en pago de servicios personales, de créditos o indemnizaciones».

(132) También podemos encontrarlos con dos supuestos:

1. *Rehabilitación de edificios.*

Como quedó anteriormente expuesto, la exención no se extiende a la transmisión de edificios para su rehabilitación inmediata en las condiciones que reglamentariamente se determinen; ello significa mantener la tributación por el Impuesto sobre el Valor Añadido, y en caso contrario, someter la misma al Impuesto sobre Transmisiones Onerosas.

2. *Demolición de edificios.*

El supuesto que ahora se contempla actúa, como el anterior, a modo de excepción a la exención y, en consecuencia, la adquisición de un edificio para su demolición que, obviamente, tendrá la consideración de segunda entrega, comporta la sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido: la doctrina se plasma en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de junio de 1993, que se remite a otras anteriores y fija la doctrina en los siguientes términos: el régimen tributario es siempre el mismo: sujeción y no exención al Impuesto sobre el Valor Añadido y, por tanto, no sujeción al de Transmisiones Patrimoniales.

(133) Vid. MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 226, remitiéndose a lo expuesto sobre la cesión de solar a cambio de obra, en especial págs. 141 y 142.

de la contraprestación correspondiente a la entrega del inmueble que la consultante recibe a cambio del solar. Por tanto, será en ese mismo momento (el de la entrega del solar) en el que se producirá el devengo del Impuesto sobre el Valor Añadido referente a la entrega del local comercial, viviendas y plazas de aparcamiento a construir sobre el local permutado.

Segundo.—La entrega que la consultante realiza del local comercial recibido del promotor en la permuta tiene por objeto el edificio terminado, aun cuando la operación se convenga estando esté aún en fase de construcción. Por tanto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20, apartado 1, número 22, de la Ley del Impuesto, dicha transmisión tendrá la consideración de segunda entrega de edificaciones, estando, por consiguiente, exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido salvo que el consultante renuncie a la aplicación de dicha exención si concurrieran los requisitos establecidos por el precitado artículo 20.»

3. TIPO A APLICAR

Sobre el tipo a aplicar, hay que acudir, bien a la LTP o a la LIVA (134).

Artículo 11 TR de TPJ, de 24 de septiembre de 1993, dice: «La cuota tributaria se obtendrá aplicando sobre la base liquidable los siguientes tipos:

- a) El 6 por 100, si se trata de la transmisión de inmuebles, así como la constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto los derechos reales de garantía».

Artículo 91, Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, contempla unos tipos impositivos reducidos. «1) Se aplicará el tipo del 7 por 100 a las operaciones siguientes:

(134) No debemos olvidarnos del artículo 7 TR, de 24 de septiembre de 1993.

5. No estarán sujetas al concepto de «transmisiones patrimoniales onerosas», regulado en el presente título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido. También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido de garantía».

7.º Los edificios o parte de los mismos, aptos para su utilización como viviendas, incluidos los garajes y anexos en ellos situados que se transmitan conjuntamente.

A efectos de esta Ley no tendrán la consideración de anexos a viviendas los locales de negocio, aunque se transmitan conjuntamente con los edificios o parte de los mismos destinados a viviendas».

Se aplicará el tipo impositivo general para los locales de negocio y plazas de garaje transmitidos con independencia de la vivienda. Es decir, para estos supuestos tendremos que acudir al artículo 90 de la Ley del IVA que dice: «El impuesto se exigirá al tipo del 16 por 100, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente».

4. APLICACIÓN GENERAL

Con carácter general hay que tener en cuenta la nueva Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias.

Artículo 7.1. «Se cede a las Comunidades Autónomas el rendimiento sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados producido en su territorio en cuanto a los siguientes hechos imponibles:

1. Transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.
2. Constitución de derechos reales, préstamos...
3. Constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades...»

Artículo 13.4. «En relación con la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad "Transmisiones Patrimoniales Onerosas", las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen en las concesiones administrativas, en la transmisión de bienes inmuebles, así como en la constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto los derechos reales de garantía».

M.^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO
Doctora en Derecho
Profesora de la Universidad de Valladolid