

Por las consecuencias que tendría la argumentación de esta resolución, por mucho que ella las trate de salvar o evitar, respecto a la inscripción de otros actos jurídicos (modificación de entidades hipotecarias, constitución en régimen de propiedad horizontal), y respecto a otras comunidades de bienes (comunidad ordinaria, comunidad *pro indiviso* entre cónyuges en régimen de separación de bienes), se estima oportuno olvidar rápidamente la doctrina de esta resolución, producida sin duda en un momento de «horas bajas» de la DGRN, recordando que las resoluciones de la DGRN no constituyen «fuente del Derecho» y que obligan «no por razón de su imperio, sino por imperio de su razón», y que no pueden vulnerar preceptos que sí constituyen fuentes del Derecho, como son los citados artículos 1.375 y 1.384 del Código Civil y el artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario. Por todo lo cual convendría que en la correspondiente nota calificadora fueran citados dichos preceptos como base de la calificación registral al amparo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria para que se pudiera replantear nuevamente la cuestión ante la DGRN.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

PERMUTA DE SOLAR POR PISO FUTURO.—POSIBILIDADES DE INSCRIPCIÓN DE LOS PISOS EN CONSTRUCCIÓN. (RESOLUCIÓN DE 16 DE MAYO DE 1996. BOE DE 12 DE JUNIO DE 1996.)

Hechos.—I. El 27 de noviembre de 1991, mediante escritura pública otorgada ante don Antonio Martín García, Notario de Málaga, doña María Gracia Pérez Cansino segrega de una finca de su propiedad (tierra de riego con frutales en el pasaje de las Chorreras, al partido de Huertas Altas, del término municipal de Alhaurín el Grande), de extensión superficial 44 áreas 52 centiáreas 14 decímetros 41 centímetro cuadrados, la parcela de terreno descrita como «solar con fachada principal a la avenida de Gerald Brenan, haciendo esquina con calle Céspedes, procedente de la tierra de riego en el paraje de las Chorreras, al partido de Huertas Altas, en la urbanización denominada «De los Naranjos», que ocupa una extensión superficial de 641 metros 82 decímetros cuadrados», y permuta esta parcela segregada con la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio del representante de ésta por cinco fincas que estarán integradas en el edificio que sobre la finca permutada construirá dicha entidad, y que en la escritura se describen, estipulándose en la citada escritura: «Cuarta. Sobre la finca adquirida por permuta la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», ajustándose al proyecto realizado por el Arquitecto don José Guerrero Solano, se propone construir el edificio en el que estarán integradas las cinco fincas antes descritas. Quinta. La entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio de su representante, se obliga a entregar a doña María Gracia Pérez Cansino las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses, a contar desde el día de hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación.... Sexta. El permutante, promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio de su representante, se obliga a realizar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas que en esta escritura adquiere doña María Gracia Pérez Cansino, a fin de que las mismas queden debidamente inscritas en el Registro

de la Propiedad. Séptima. Las fincas se permutan libres de cargas y de arrendatarios, y al corriente en el pago de impuestos, contribuciones y arbitrios....»

El mismo día y ante el mismo Notario, la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal del edificio construido sobre la parcela adquirida, el cual aparece integrado, entre otros elementos privativos, por cinco fincas cuyas descripciones coinciden íntegramente con las que dicha entidad permutó con la recurrente.

Las dos escrituras anteriormente citadas se presentan en el Registro de la Propiedad de Coín el día 29 de noviembre de 1991, practicándose la inscripción de dominio de la parcela segregada a favor de la promotora «Atabal, Sociedad Anónima», el día 2 de diciembre de 1991, y con la misma fecha se practica una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construida, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora referida.

II. Presentada nuevamente la escritura de segregación y permuta en el Registro de la Propiedad de Coín, con el objeto de que se inscriba a favor de la recurrente las cinco fincas adquiridas por permuta, fue calificada con la siguiente nota: «No se practica operación alguna en cuanto al precedente documento en lo que toca a la adquisición por parte de la mercantil promotora «Atabal, Sociedad Anónima», porque mediante primera copia de este propio documento ya fue inscrita al folio 177 del libro 287 de Alhaurín el Grande, finca número 22.247, inscripción 1.ª, con fecha 2 de diciembre de 1991; y en cuanto a la adquisición por parte de doña María de Gracia Pérez Cansino, por ser necesaria el acta notarial de entrega que prescribe la cláusula quinta de dicho documento. Coín, a 12 de abril de 1993.—La Registradora, *Nieves Ozamiz Fortis*».

III. El Procurador de los Tribunales don Rafael García Valdecasas García Valdecasas, en nombre de doña María Gracia Pérez Cansino, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que es evidente que nos encontramos ante un contrato relativo al dominio sobre bienes inmuebles (art. 1 de la Ley Hipotecaria). 2.º Que según la doctrina la permuta es un contrato principal consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo de dominio (art. 2.1.º de la Ley Hipotecaria). Que resulta evidente que se trata de un título traslativo del dominio. 3.º Que hay que analizar si el contrato contenido en la escritura pública objeto de la calificación existe como tal contrato, por lo que analizando la escritura a la luz de los artículos 1.254 y 1.261 del Código Civil hay que señalar que el consentimiento consta en la escritura de segregación y permuta y que el objeto del contrato que interesa son las fincas permutadas, las cuales existen en la realidad registral, según los certificados del Registro de la Propiedad que se acompañan al recurso. 4.º Que el referido contrato es un contrato de permuta (art. 1.538 del Código Civil), traslativo de la propiedad que se rige, en todo lo que no se halle específicamente determinado en este título, por las disposiciones concernientes a la venta (arts. 1.541 y 1.450 del Código Civil). Que *a sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, si los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles, las obligaciones referentes al mero o simple hecho de poseer que aparezcan en los títulos no serán obstáculo para su inscripción.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que el objeto del recurso parece estar en la necesidad o no del otorgamiento

del acta notarial exigido por las partes en la cláusula quinta de la escritura calificada, en cuya acta se haría constar la entrega de las fincas por parte de la promotora. Que de los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 1.261 del Código Civil se infiere que la voluntad de las partes, pactada en escritura pública, es esencial en materia de obligaciones y contratos, y en el asunto que se trata esa voluntad de las partes es el otorgamiento de un acta notarial para hacer constar la entrega de los pisos. Que la recurrente alega que se trata de un contrato de permuta y que no es necesario ningún comportamiento posterior de las partes para que el contrato se entendiera perfeccionado. Que es demasiado simplista encasillar el referido contrato como de permuta. En este sentido hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1984, 2 de enero de 1976 y 4 de mayo de 1978, en que los contratos del tipo al que aquí se estudia los considera como contratos innominados y atípicos, que entran dentro del concepto genérico de cesión onerosa, recibiendo una contraprestación, y que tiene elementos aislados de diversos contratos tipificados por nuestra legislación. Que la doctrina mayoritaria los ha considerado como permuta, pero tampoco faltan quienes consideran que se trata de una comunidad o un crédito refaccionario, una sociedad, un contrato de cuentas en participación o un negocio parciario. 2.º Que aun admitiendo que se trata de una permuta, es un contrato sobre una cosa futura que está admitido en el artículo 1.271 del Código Civil. Que es un contrato consensual cuyo objeto consiste en una cosa futura, por lo que los únicos efectos que tendrá limitados serán los intrínsecos de la misma, que se producirá en el momento mismo pactado por las partes. Está claro que si la inscripción se hubiera realizado sin haber pedido el acta notarial se habría actuado con ligereza y sin justificación jurídica, atribuyendo al contrato, por sí solo, una eficacia no querida por las partes. 3.º Que problema distinto, pero conectado con el anterior, es el modo de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la escritura, cuestión que está íntimamente unida a si la relación jurídica que tratamos tiene carácter real u obligacional, todo ello desde el punto de vista registral. Es, pues, aconsejable el establecimiento de una condición resolutoria expresa que tendrá acceso al Registro por vía del artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Que en el caso que se estudia no se estableció ninguna garantía para salvaguardar los derechos de la propietaria del solar, y 4.º Que, supuesto lo anterior, se concluye afirmando que la calificación recurrida respetó escrupulosamente la voluntad de las partes, que quisieron dar al contrato los efectos estipulados y no más. Que el contrato fue calificado de permuta, pero ya se ha visto que se trata realmente de un contrato atípico, de cesión de un solar con la contraprestación de una cosa futura que se obliga a entregar al cesionario y sin que dicha obligación esté garantizada con condición resolutoria o hipoteca, que le hubiere dado trascendencia real. Que si las propias partes interesadas exigían un acta notarial como requisito para la perfección del contrato, no puede aceptarse que ahora, unilateralmente, una de ellas pretenda obviar dicha exigencia para conseguir la inscripción. Que otra cosa será que para conseguir la entrega y el reconocimiento de su derecho haya de acudir a los Tribunales de Justicia.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota de la Registradora fundándose en que es necesario el acta notarial de entrega que prescribe la cláusula quinta de la escritura y en los artículos 609, 1.005 y 1.462 del Código Civil.

VI. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que el Código Civil exige la tradición para la ad-

quisición de derechos reales, pero no debemos olvidar: *a)* Que la propia Ley Hipotecaria admite la inscripción del título donde no se contempla la tradición (art. 14 del Reglamento). *b)* Que el Registro de la Propiedad no es constitutivo de derechos. *c)* Que lo que se solicita es la impugnación de la calificación registral. 2.º Que la calificación no es conforme a Derecho, pues si la protección jurídica del cedente de los terrenos (recurrente) no viene establecida ya con trascendencia real por las partes en el documento que sirve de soporte al contrato, lógicamente no puede tener acceso al Registro. 3.º Que a la recurrente le asiste el derecho dimanante del artículo 1.526 del Código Civil, que si se refiere a un inmueble surtirá efecto contra tercero desde la fecha de su inscripción en el Registro. Y 4.º Que la recurrente por virtud del contrato ha adquirido el derecho de propiedad de los inmuebles a que el mismo se refiere, pues en otro caso ningún sentido tendría el artículo antes citado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 392, 609, 1.095, 1.289, 1.462, 1.538 del Código Civil; 1, 2, 8, 9, 20, 38, 40, 220 de la Ley Hipotecaria, 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 16.2.º del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988.

1. En el supuesto de facto del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

a) El recurrente celebró contrato de permuta en escritura pública autorizada el 27 de noviembre de 1991 en la que, entre otras estipulaciones, se pactó lo siguiente: 1. La recurrente «permuta determinada parcela con la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima»», ... por las cinco fincas que a continuación se mencionarán, que estarán integradas en el edificio que sobre la parcela permutada construirá dicha entidad, cuyas fincas responden a las siguientes descripciones: ...; 4. Sobre la finca adquirida por permuta la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», ajustándose a (determinado proyecto) se propone construir el edificio en que estarán integradas las cuatro fincas antes descritas; 5. La entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», se obliga a entregar a la recurrente las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses, a contar desde hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación....; 6. El permutante, promotora «Atabal Sociedad Anónima», se obliga a realizar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas que en esta escritura adquiere la recurrente...; 7. Las fincas se permutan libres de cargas y arrendamientos...

b) El mismo día y ante el mismo Notario (número inmediatamente posterior) la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal del edificio construido sobre la parcela adquirida, el cual aparece integrado, entre otros elementos privativos, por cinco fincas cuyas descripciones coinciden íntegramente (número del piso o local en el edificio, cuota, linderos, etc.) con las que esa entidad permutó con la recurrente.

c) Estas dos escrituras se presentan en el Registro de la Propiedad el día 29 de noviembre de 1991, practicándose una primera inscripción de dominio

de la parcela segregada a favor de la promotora «Atabal, Sociedad Anónima», el día 2 de diciembre de 1991, y con la misma fecha una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construido, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima».

d) Presentada nuevamente la escritura de permuta antes referida el día 23 de marzo de 1993 con el objeto de que se inscriban a favor de la recurrente las cinco fincas adquiridas por permuta, el Registrador suspende la inscripción mientras no se aporte el acta notarial de entrega a que se aludía en la cláusula 5.ª de dicha escritura.

2. Si se tiene en cuenta que aunque el contrato de permuta aparezca configurado en nuestro Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical (arts. 1.538, 609 y 1.095 CC), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462.2 del Código Civil (cfr. art. 1.541 CC); la cuestión debatida consistirá en decidir si en el concreto negocio realizado puede estimarse que en favor de la recurrente se ha operado ya, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto de los cinco pisos o locales que ella adquiría o si, por el contrario, la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan claramente diferidos a un momento posterior: el del acta notarial de entrega.

Prescindiendo por ahora de las especiales características de los bienes que una de las partes —el constructor— da en permuta, de los términos del negocio celebrado no resulta concluyente la exclusión respecto de ellos del efecto traditorio inherente a la escritura pública. Ciertamente la cláusula 5.ª, en cuanto alude a una obligación de entrega que se cumplirá mediante el otorgamiento de acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación, parece confirmar esa exclusión; ahora bien, si se tiene en cuenta que la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, y que en la escritura calificada se reitera (en las cláusulas 5.ª y 6.ª) la expresión: «las cinco fincas que en esta escritura adquiere la recurrente», difícilmente podrían negarse en el caso debatido el efecto traditorio inherente al otorgamiento de la escritura pública respecto de esas cinco fincas que adquiere la recurrente si las mismas estuviesen totalmente construidas en el momento del otorgamiento de aquella, ese deber de entrega que se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial, más deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor que como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo 2.º del art. 1.462 CC), por cuanto es indudable el efecto traditorio sobre el solar permutado por la recurrente.

3. Corresponde analizar ahora si por las especiales características del derecho adquirido por una de las partes permutantes pueden alterarse las anteriores conclusiones sobre la efectividad del juego traditorio respecto de tales derechos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad

que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. art. 392.II CC) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quién ha de realizarla, a costa de quién, etc.); con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión en aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior a medida que avanzan las obras, y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar por quien tiene la obligación de construir sobre el solar. El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si este se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1.462 CC).

4. Por otra parte, reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir han de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que si el párrafo 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura del 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.º LH—), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar, antes al contrario, avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (arts. 1, 2 y 9.3.º LH); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8.4, párrafo 2.º, *in fine*, LH); 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.II CC, 2 LH, 21.1.º LPH, 8.4.º LH y 16.2.º RH y RRDGRN de 5 de diciembre 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.

7. La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido no puede aparecer obstaculizada por el hecho de que la contraprestación por la adquisición de esos cinco pisos sea la cesión del propio solar sobre el que ha de realizarse la edificación en el que aquéllos se integran; aun cuando en tal hipótesis pudiera resultar más adecuado, la celebración de un negocio atípico, *do ut des*, por el que el dueño de la parcela que retiene sobre ella el derecho sobre cinco pisos o locales a cuya construcción se compromete la otra parte contratante, y da a éste derechos (comunidad) sobre la parcela que le permitieran hacerse dueño exclusivo de los restantes pisos del edificio que se compromete a construir, nada obsta a la validez del negocio tal como ha sido configurado, esto es, como un negocio de permuta (si bien con ciertas particularidades que lo singularizan), por el que una de las partes cede íntegramente el suelo a la otra y ésta, a cambio, asume la obligación de realizar

determinadas edificaciones y transfiere inmediatamente a aquélla el derecho a cinco pisos o locales del edificio convenidos; las respectivas prestaciones son posibles, lícitas y perfectamente determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso obstaculice la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio al estar otorgado en escritura pública.

8. 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 (cfr. arts. 1, 20, 38, 40 y 220 LH) 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 constaran como carga, gravamen o coparticipación en esa titularidad dominical los derechos que adquiría o retenía la recurrente), lo cual, a su vez, determinó que por él solo 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 en 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.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el recurso en los términos de los anteriores considerandos, revocando el auto y la nota.

Madrid, 16 de mayo de 1996.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

COMENTARIO

En aquellas materias que no están reguladas por el Derecho positivo resulta mucho más eficaz atenerse a las distintas posibilidades que ofrece la realidad social que a las elucubraciones propias del cielo de los conceptos.

Esto es lo que ocurre en materia de prehorizontalidad, y concretamente respecto a la transmisión de propiedad e inscripción de pisos a construir por título de permuta de suelo por pisos futuros.

Nadie discute que los pisos proyectados de un edificio en construcción son inscribibles, conforme al artículo 8, número 4, de la Ley Hipotecaria. Nadie discute tampoco que la inscripción a favor de los adquirentes de pisos en construcción es una medida muy deseable como protección de los consumidores inmobiliarios, pues permite el acceso de las titularidades al Registro en un momento especialmente peligroso para los adquirentes, en que pueden existir embargos o ejecuciones hipotecarias para el constructor del edificio y en que permite que quede definido el derecho de propiedad de los adquirentes de pisos futuros como garantía de los mismos.

Lo que se puede discutir es el momento de adquisición de la propiedad del piso futuro y las distintas posibilidades que ofrece la realidad social y la voluntad de los interesados sobre este problema. No caben fórmulas matemáticas o uniformes, sino que es cuestión a decidir en cada caso concreto, según las modalidades que se hayan estipulado por los interesados, conforme al principio de autonomía de la voluntad y a las normas legales sobre tradición real y tradición instrumental.

No cabe en esta materia que un órgano ajeno a la voluntad de las partes trate de sustituir su propia voluntad con una interpretación imperativa partiendo de la configuración de lo que en principio es un *ius ad rem* como derecho real definitivo en todo caso.

La práctica ofrece soluciones diferentes según los casos y no pueden darse soluciones conceptuales ajenas al sentir de los interesados.

Así, cabe que la voluntad de las partes sea adquirir la propiedad del piso futuro ya en el momento en que se constituye la finca en propiedad horizontal. Pero para ello ha de estipularse expresamente en base a la tradición instrumental de la escritura de permuta sin que de la escritura resulte lo contrario, conforme al artículo 1.462.2.º CC.

Pero hay otros muchos supuestos en que los interesados no pretenden que se transmita la propiedad hasta que no se formalice una escritura o acta notarial de entrega de los pisos una vez construidos en las condiciones pactadas. Ello puede deberse, bien a la desconfianza hacia el constructor, desconfianza que no permite dar el visto bueno anticipadamente a una construcción proyectada, o bien a no querer correr con los riesgos inherentes a la condición de propietario en ese período intermedio, o bien a no querer formar parte de una propiedad horizontal con atribución de cuotas de propiedad y de gastos en elementos comunes hasta que la totalidad del edificio o del piso esté construido. Incluso no hay que descartar, porque es un caso vivido en la práctica, que los interesados cambien el piso proyectado por otro de común acuerdo, y en este caso no quieren que se interprete como una transmisión de propiedad entre las partes, sino como un pacto de concreción del piso futuro anterior a la adquisición de la propiedad.

Ante esta pluralidad de posibilidades, parece mucho más «prudente» la posición mantenida por la Registradora en el caso concreto que la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la presente resolución.

Hay que observar que en la escritura de permuta se pactó expresamente que para la entrega de los pisos futuros se precisaría un acta de entrega. Así, es pacto de la escritura, tal como lo recoge la propia resolución de la DGRN, que «la entidad promotora se obliga a entregar a la recurrente las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses, a contar desde hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación...».

¿Qué finalidad puede tener el acta de entrega si no es la tradición instrumental del piso? La finalidad de mero traspaso posesorio se cumple en la práctica con la entrega de llaves o con la ocupación material del piso. El acta notarial de entrega más bien está relacionada con la tradición instrumental del piso.

Por ello, ante este pacto expreso, es mucho más seguro y coherente, dada la finalidad de presunción de exactitud y de seguridad jurídica del Registro de la Propiedad, exigir una aclaración sobre la voluntad de las partes acerca de

la inscripción de los pisos y adquisición de la propiedad de los mismos, y si no hay una voluntad clara exigir el acta notarial de entrega resultante de la voluntad de las partes, tal como exigió la Registradora en su nota calificadora y el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En cambio, resulta inadecuado presumir sin más una adquisición de propiedad del piso futuro en la misma escritura de permuta en base a la tradición instrumental del artículo 1.462.2.º CC, sin exigir una aclaración de la voluntad de las partes cuando este precepto exceptúa de la tradición instrumental el caso en que de la escritura resulte claramente lo contrario, que precisamente podía resultar al prever expresa y claramente un acta notarial de entrega de los pisos, y la posibilidad, también prevista en la escritura, de que la entidad permutante pudiese otorgar por sí misma la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas. Ante esos pactos, resulta aventurado deducir que la tradición instrumental no explicitada, que se trata de la adquisición de propiedad derivada de la tradición instrumental, cuando más bien esto requeriría una mención expresa y tajante dada la naturaleza futura de los pisos a adquirir.

Si a todo ello se une, según resulta del fundamento 8.º, que todos los pisos y locales estaban ya inscritos a nombre de la entidad promotora, se comprenderá que no cabe una rectificación del Registro sin consentimiento de los interesados cuando no hay base para pensar que se trate de un mero error material.

Por todo ello, de nada nos vale la lucubración doctrinal que hace la resolución DGRN sobre la supuesta tradición instrumental y sobre el supuesto «*derecho real del piso o local del edificio a construir*» en este caso concreto, como si todos los casos de permuta de solar por piso futuro cupieran en una única fórmula conceptual, olvidando las diferentes interpretaciones que pueden resultar de cada caso concreto.

Quizá me equivoque y se considere por la doctrina que esta Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996 marca época sobre la naturaleza jurídica del derecho sobre el piso futuro, aunque tampoco supone ninguna novedad, y creo que las declaraciones de la misma, que en un plano conceptual o de libro son inobjectables, no se acomodan al caso concreto, en que, quierase o no, la situación real y el negocio jurídico pactado no revelan claramente una voluntad traditoria de la propiedad del piso futuro, sino más bien todo lo contrario.

En definitiva, creemos que, evidentemente, el piso futuro puede ser configurado como finca registral ya en presente. Pero la titularidad dominical de ese piso futuro (inscribible a nombre del dueño del terreno o de los asignatarios de los pisos futuros) dependerá de los pactos negociales de cada caso concreto, no cabiendo que la Dirección General de los Registros y del Notariado supla la voluntad dudosa y discutible de las partes con declaraciones doctrinales uniformes sobre la naturaleza conceptual del piso futuro.

Y si el que escribe estas notas ha vivido problemas reales en esta materia acerca de la discusión sobre el momento de adquisición de propiedad del piso futuro, se cree en la obligación de advertir sobre la prudencia con que hay que tratar esta delicada cuestión de la adquisición de propiedad del piso futuro, sin dejarse llevar por el cielo de la jurisprudencia de conceptos, que puede resultar muy bonita para una conferencia doctrinal, pero quizá alejada de la realidad en el caso concreto. Y si a todo lo dicho se añaden los problemas de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que quizá no se hayan producido todavía en el negocio de

permuta respecto al piso futuro, si se alega en la carta de pago que está pendiente de acta de entrega, o al menos el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que lleva consigo la escritura o acta de entrega, o incluso los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre la Renta, la cuestión podría llegar a ser todavía más grave. Pero en este comentario lo que interesa es la verdadera voluntad de las partes plasmada en el negocio jurídico de permuta y no la presumida voluntad de ella por un órgano ajeno a las partes, sin exigir una aclaración sobre una voluntad al menos dudosa y discutible, y ahora ya, en el caso concreto de la resolución, contraria a lo que resultaba de los asientos registrales que están bajo la salvaguardia de los Tribunales, mientras no se desvirtúen por los interesados o por los propios Tribunales.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad

AL SER LA OBLIGACION CONTRAIDA UNICA POR VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES Y PERFECTAMENTE DETERMINADA EN TODOS SUS ASPECTOS DEFINIDORES, DICHA UNIDAD NO SE DESTRUYE POR LA CREACION DE LA GARANTIA HIPOTECARIA QUE NO LA CUBRE EN SU TOTALIDAD, POR LO QUE AL NO HABER INDEFINICION ALGUNA EN EL DERECHO REAL CONSTITUIDO SE HAN CUMPLIDO LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y NO PROCEDE CONFIRMAR EL DEFECTO RECURRIDO DE INDETERMINACION DE LA OBLIGACION GARANTIZADA. (RESOLUCIONES DE 2 Y 3 DE ENERO DE 1996. BOE DE 23 DE FEBRERO DE 1996.)

RESOLUCION de 2 de enero de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Joaquín García Suárez, en nombre de la Caja de Ahorros de Asturias, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo número 4 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Joaquín García Suárez, en nombre de Caja de Ahorros de Asturias, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo número 4 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 10 de junio de 1994, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Oviedo don Oscar López del Riego, la Caja de Ahorros de Asturias otorgó un préstamo con garantía hipotecaria a favor de «Escayolas, Techos e Insonorizaciones, Sociedad Limitada», y «Proyectos, Instalaciones y Decoración Asturias, Sociedad Limitada».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo número 4 fue calificada con la siguiente nota (sólo se transcriben los defectos recurridos): «Suspendida la inscripción de la hipoteca pactada en el precedente documento por los siguientes defectos: 1.º Pactarse la hipoteca para garantizar la devolución de una parte del principal de un préstamo (18.631.340 pesetas de un total de 23.000.000 de pesetas), sin especificarse cuáles son los plazos de amortización de dicha porción garantizada, lo cual contraviene los principios hipotecarios de accesoriedad y especialidad al dejar indeterminado el tiempo de pago de la obligación que se garantiza con las