

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ
y CELESTINO RICARDO PARDO NUÑEZ

PERMUTA DE SOLAR POR FINCAS A CONSTRUIR Y ENTREGAR EN ACTA NOTARIAL. EN NUESTRO SISTEMA, LA PERMUTA PRECISA DE LA TRADICION PARA TRANSMITIR EL DOMINIO, PERO ESA TRADICION, QUE PUEDE SER INSTRUMENTAL, NO RESULTA EXCLUIDA DE MODO CONCLUYENTE DE LOS TERMINOS DEL CONTRATO, DONDE EL ACTA CONVENIDA PARECE REFERIRSE AL MODO EN QUE HA DE CUMPLIRSE LA OBLIGACION DE ENTREGAR UNA COSA YA AJENA AL DEUDOR. (RESOLUCIÓN DE 16 DE MAYO DE 1996, BOE DEL 12 DE JUNIO DE 1996.)

Hechos. I. El día 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 centímetros 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: I. Que es evidente que nos encontramos ante un contrato relativo al dominio sobre bienes inmuebles (artículo 1 de la Ley Hipotecaria). II. Que según la doctrina la permuta es un contrato principal consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo de dominio (artículo 2, 1.º de la Ley Hipotecaria). Que resulta evidente que se trata de un título traslativo del dominio. III. 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. IV. Que el referido contrato es un contrato de permuta (artículo 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 (artículos 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.

V. 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, 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 defectos que tendrá limitados serán los intrínsecos de la misma, que se producirán 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 el 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.

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.

VII. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que el Código Civil exige la tradición para la adquisición de Derechos reales, pero no debemos olvidar: *a)* Que la propia Ley Hipotecaria admite la inscripción del título donde no se contempla la tradición (artículo 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 encuentra 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 inmediato 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 Código Civil), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462, 2 del Código Civil (cfr., art. 1.541 Código Civil), 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 adquiriría, 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 podría 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 Código Civil) del efecto traditorio inherente a la escritura pública; ello vendría avalado además por el criterio de reciprocidad que ha de inspirar la interpretación de los contratos onerosos (cfr., art. 1.289 Código Civil), 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 puede 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 Código Civil) 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 de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior, a medida que avanzan las obras y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y 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 Código Civil).

4. 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.º 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.º Ley Hipotecaria—), 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 Ley Hipotecaria); 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-II Código Civil, 2 Ley Hipotecaria, 21-1.º Ley Propiedad Horizontal, 8-4.º Ley Hipotecaria y 16-2.º Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 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 ésta derechos (comunidad) sobre la parcela que le permi-

tieran 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, eso 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 convenido; 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 lo 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 Ley Hipotecaria), 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 adquiría 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.

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

COMENTARIOS CRÍTICOS

Cuando se planteó el tema del valor que las Resoluciones de la Dirección General podían tener en el ordenamiento español al ser consideradas como «jurisprudencia o doctrina jurisprudencial», se zanjó la cuestión en base de dos razones jurídicas: una, el alto prestigio alcanzado por la doctrina que de ellas emanaba y otra, porque Don JERÓNIMO —alma y vida de las mismas— apuntó certeramente que en ellas se trataba de resolver un problema de derecho, de juego constitutivo y transcendencia *erga omnes* limitado al solo efecto de inscribir o denegar o suspender el asiento solicitado, haciendo así realidad la predicción de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria que hablaba de «una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley». Al abordar el comentario de esta Resolución de 16 de mayo de 1996 —una de las más extrañas por mí comentadas— se me hace muy cuesta arriba pensar que con ella se contribuye al alto prestigio de que

históricamente vienen gozando las mismas y eso que el tema central que se maneja es nada menos que el viejo problema de la «teoría del título y el modo» y el juego que en ella tiene el otorgamiento de escritura pública, según el artículo 1.462 del Código Civil. Es Resolución anterior a la nueva etapa que se instaura con el nombramiento de un nuevo Director General.

No sé si es defecto del abreviado resumen que se ofrece en los argumentos del recurrente o es que alega cosas que, a mi entender, se apartan del verdadero problema que el caso encierra. La Dirección General, en la versión que tengo, de lo que antes se llamaba «considerando», del cuarto, salta al «siete» y me pone la duda de si hay más argumentos que los que la misma ofrece. Por ello, creo que es preciso descubrir si es inscribible ese contrato de permuta de solar por cosa futura, haciendo entrar al artículo 1.271 del Código Civil. Inmediatamente es preciso saber si las partes dan al otorgamiento de la escritura pública el efecto de entrega o tradición, conforme al artículo 1.462 del Código Civil. Suponiendo que las partes no hayan pactado en contra —y es claro que sí lo hacen— la entrega del solar puede ser suplida por el otorgamiento de la escritura pública, pero parece no servir para hacer la entrega de los pisos que se están construyendo. Esos cinco pisos que se están construyendo ¿los adquiere directamente la cedente del terreno o pasan a ser propiedad del constructor en base de una accesión? Si como parece afirmar la Resolución, los pisos han sido «ya adquiridos» por la cedente antes de estar terminados ¿cómo es posible que se inscriban a nombre de la sociedad constructora, si ya son de otro? ¿Por qué no se rechazó la inscripción de esos pisos a favor de la Sociedad constructora? Es una pena no tener el texto íntegro de la escritura, pero con los elementos que se nos brindan, vamos a intentar aclarar estos puntos, alguno de los cuales no pasan de ser marginales, pero no por ello dejan de ser importantes. Vamos a proceder por el orden indicado resumiendo las posiciones del recurrente, Registradora y Dirección.

A. *Contrato de permuta de solar por pisos futuros*

Calificado el contrato como de «permuta» es claro que siendo históricamente el antecedente de la compraventa se rija por las tres normas propias que el Código le dedica y subsidiariamente por las de la compraventa (art. 1.541 del Código Civil). Por ello estamos ante un contrato consensual, bilateral, oneroso, traslativo de dominio y exponente de la fórmula jurídica del cambio directo o de cosa por cosa. Puede admitirse también que a cambio de una cosa se dé otra y parte de dinero, problema que soluciona el artículo 1.446 del Código Civil. También cabe que se dé una cosa y se prometa entregar una «futura» (art. 1.271 del Código Civil).

En este último caso —que es el objeto del recurso— la doctrina no está muy conforme en denominar a este negocio jurídico como «permuta» y, por supuesto, no resulta nada clara la naturaleza de la situación del cedente que espera la cesión de la cosa futura. El procurador que entabla el recurso a nombre de la cedente, coincide con lo que he expuesto en materia de caracteres del contrato de permuta. Asimismo la escritura notarial denomina al contrato como «permuta» (cosa que no es vinculante para el Registrador que debe atender a la verdadera naturaleza del acto que la escritura refleja, independientemente de la denominación utilizada, todo ello según conocidísima doctrina de la Dirección General). La Registradora de la Propiedad dice que

la doctrina mayoritaria lo califica de «permuta», pero no faltan quienes consideren que se trata de una comunidad o un crédito refaccionario, una sociedad, un contrato de cuentas en participación o un negocio parciario. También cita las Sentencias del Tribunal Supremo donde se califica a estos negocios como contratos *innominados o atípicos* (STS 22 de mayo de 1984, 2 de enero de 1976 y 4 de mayo de 1978). Por supuesto, la Dirección General considera al contrato como una «permuta».

Se califique de una forma u otra, lo que si es cierto es que de los hechos se desprende que una de las partes entrega a la otra un solar y que ésta se *compromete, promete o se obliga* a edificar, declarar una obra nueva, dividir horizontalmente el edificio y entregar —mediante acta notarial— los cinco pisos que a cambio del solar ha de recibir la cedente.

RAFAEL RIVAS ANDRÉS (*Boletín de Información del Colegio de Granada*, número 168, diciembre de 1994, págs. 3261 y ss) había apuntado que DIEZ PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*) al tratar el tema del «plazo en la obligación» pone como ejemplo una permuta de solar por obra futura y dice que la fecha de la entrega de la obra (plazo de dieciocho meses a partir de la fecha de la escritura, en el caso que comentamos) opera como un «*término suspensivo*». Antes de todo esto PELAYO DE LA ROSA (*La permuta*, Editorial Montecorvo, 1976, pág. 394) ya había precisado que «lo que adquiere la parte que entrega el solar es un *derecho de crédito*, por cuya virtud y en base al contrato de permuta está facultado para en su día exigir *la entrega de la cosa*. Hay un cambio de una cosa presente por otra futura y, como ésta no tiene existencia, sólo se halla *in fieri*, el constructor queda obligado (deudor) a transmitir la propiedad de la vivienda o local cuando esté terminado y deje de ser cosa futura, al otro *pèrmutante* (acreedor)».

Por supuesto que la figura la cita VALLET DE GOYTISOLO (*Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*. Barcelona, 1962, págs. 483 y ss) y el Derecho Romano acordó para casos semejantes la concesión de una *actio praescriptis verbis*. Hay trabajos de GARCÍA BERNARDO LANDETA («Piso futuro y viviendas acogidas», *RCDI*, 1970, núm. 478), de MERINO HERNÁNDEZ (*El contrato de permuta*, Madrid, 1978) y de los italianos SALIS Y RUBINO. Igualmente se ocupan del tema las Resoluciones de la DGRN de 28 de febrero de 1994, 5 de octubre de 1994, 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988.

Es evidente que la teoría del título y el modo exige el consentimiento y la entrega de la cosa que, en nuestro derecho, se facilita por el otorgamiento de escritura pública; sólo tiene como excepción que de la misma escritura «no resultare o dedujere todo lo contrario». La pregunta es inevitable: si la cosa futura no puede ser entregada por no existir, es difícil que la escritura pública supla la entrega. ¿Por qué las partes pactan que la entrega se hará por acta notarial cuando los pisos estén contruidos en el plazo previsto? La escritura pública sólo sirve, en el presente caso, para transmitir el dominio del solar, por eso se admite a inscripción.

También podía retorcerse el argumento y considerar que la entrega de esos pisos se asemeja al «pago aplazado» y que ello deberá hacerse constar en la inscripción por «una breve referencia» (Resolución de 5 de octubre de 1994). Tampoco cabe esa solución, pues leídos pacíficamente los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria, sólo se aplicará la teoría del precio aplazado «en las permutas» cuando una de las partes tenga que abonar a la otra una diferencia en metálico. Claro que esta Resolución, en los «Vistos», no cita al artículo 11 de la Ley Hipotecaria y así se explica lo de la «breve referencia».

B. Inscripción de la permuta

Si la permuta fuese de cosa por cosa (*do ut des*) la inscripción no tendría problema, pero aquí al reseñarse el «fantasma» de la «cosa futura» en forma de obligación contraída por uno de los contratantes, deja sin «base real» la posibilidad de la inscripción. Tal y como parece redactada la escritura de cesión de terreno y la asunción del compromiso del cesionario de entregar en un futuro lo que promete a cambio, sólo permite inscribir la cesión del terreno ya que la obligación queda marginada por el artículo 98 de la LH, aunque este artículo está tan mal redactado que parece que da por supuesto que «los derechos personales» están inscritos y que lo que hay que hacer es cancelarlos. Si no se inscriben se ahorra uno la posible cancelación.

Por ello, solamente si la obligación o promesa de entrega de la cosa futura se garantiza con la *condición resolutoria* del artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, excluyendo la aplicación del artículo 175-5.º del mismo RH (por referirse a un caso completamente distinto), podría acceder todo el negocio de permuta a los libros registrales. Este criterio siempre lo mantuve en mi época registral calificadora. Existen otros negocios que pueden dar soluciones análogas con eficacia real inscribible, como puede ser la concesión del derecho de superficie, por un plazo y reversión anticipada de los pisos, etc. Ello fiscalmente supone otro mundo, pero jurídicamente es el correcto.

De los hechos que se relatan parece ser que la Registradora procedió correctamente —quizá mejor: coincidentemente con la opinión que sostengo— y me imagino que para nada haría costar la obligación de la entrega. La idea parece aceptarla el Procurador que presenta el recurso, pues dice que si la «protección jurídica del cedente, no viene establecida ya con transcendencia real por las partes en el documento que sirve de soporte al contrato lógicamente *no puede tener acceso al Registro*». De los hechos que se narran sólo existe una *obligación suspensiva* de entrega de bienes futuros, exigiéndose para la entrega (es decir, para cumplir *el modo*) el acta notarial correspondiente. Las referencias que el recurrente hace al artículo 1.526 del Código Civil y al artículo 14 del RH (concesión de la opción) demuestran que no tiene en cuenta el inciso final del apartado 6.º del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

A la Dirección General es todavía más difícil de seguirla en su razonamiento, pues distingue entre «la *transmisión* dominical, aunque no provoque igualmente el *traspaso* posesorio». Si no hay «modo» mal puede haber transmisión dominical, pues el otorgamiento de la escritura bien claramente dice que la «entrega» de los pisos deberá hacerse por acta notarial. Refuerza su argumento diciendo que al adquirente del terreno que se obliga a entregar los cinco pisos que construya, contrae la obligación de «*entregar una cosa ya ajena al deudor*».

De los hechos relatados se deduce que la primera inscripción es de dominio del terreno a favor del constructor y que la segunda —presentado el documento simultáneamente— es de obra nueva en construcción, división horizontal y folios independientes para cada piso, realizándose todo ello, «*a favor de la entidad promotora referida*». Si esto es así, y aplicamos el artículo 38 LH no sólo se presume que el derecho existe y pertenece al constructor, sino que también se «*presume la posesión*». Lo cual barre jurídicamente el argumento de la Dirección de entregar «una cosa ajena».

Debo aclarar que en el *Boletín de Información Registral de Granada* (núm. 52, octubre 1996) JOSÉ ÁNGEL GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, al comentar esta

Resolución, considera que los cinco pisos no se inscribieron a nombre de la sociedad constructora, suspendiéndose la misma hasta la presentación del acta de entrega (pág. 26). La versión que tengo procedente de la Revista *Lunes 4,30*, la que recoge el *Boletín de Información del Colegio Nacional de Registradores*, y la misma del *Boletín de Granada*, dice que todo ello se inscribió a favor de la sociedad constructora del edificio. Podría dar referencia de otras publicaciones que ratifican lo que digo.

C. *Adquisición de los cinco pisos*

Si de los hechos se deduce que los cinco pisos deben ser inscritos en base de los mismos documentos que provocaron las otras inscripciones y sin que sea precisa el alta de entrega, es que la cedente los *adquirió antes* y, sin embargo, la Registradora la inscribió a favor de la sociedad constructora, que sólo se había obligado a la entrega.

La exquisita ponderación y el conjunto de argumentos que la Registradora ofrece, no permiten pensar en que sabiendo que los pisos ya los había adquirido la recurrente, los inscribiese a nombre de la sociedad constructora. El último apartado de la Resolución claramente dice que esos pisos *simplemente proyectados* se inscribieron a nombre del constructor y, por ello, considera que puede pensarse que a ello se oponen los principios de legitimación, tracto y salvaguardia de los Tribunales.

Prescindiendo ahora de si se cumplieron o no los requisitos que determina la Ley del Suelo (art. 37) en materia de obra nueva, es cierto que los pisos «meramente proyectados» figuran registralmente a favor del constructor y ahora se precisa que este complete el *título traslativo*, con la entrega de la cosa en acta notarial, pues la escritura no surte esos efectos. Es más, el titular registral de esos pisos los ha adquirido por *accesión* en base de su titularidad dominical y de ahí que registralmente se inscriban a su nombre. Este es el gran peligro de la figura y de su empleo, salvo que se estipule la condición resolutoria.

La Dirección General provoca milagrosamente una solución para este caso, pues para ella «*el negocio traslativo*» a favor de la recurrente y cedente del solar es «*anterior a la inscripción a favor del transmitente de los bienes transmitidos*». Todo ello recuerda a la doctrina que plantea el artículo 44 de la LH en las preferencias de las anotaciones preventivas de embargo, que con tanta insistencia ha combatido la misma Dirección. No ya jurídicamente —como hemos demostrado con la configuración del negocio estipulado— sino por sentido común, es evidente que el constructor y dueño del terreno no puede cumplir la obligación de entrega de cosa futura hasta tanto ésta se haga real, palpable y existente, pues ni registralmente puede decirse que el piso o los pisos existan, ya que el Registro refleja unas inscripciones de pisos «en construcción», y solamente el acta de entrega podrá justificar el cumplimiento del «modo». Aun suponiendo que la construcción no estuviera terminada, lo que si es cierto es que el acta no sólo es necesaria para cubrir la entrega «sino para el cumplimiento de la obligación» por haber llegado el plazo fijado. Si la construcción no está acabada podría hablarse de una entrega «tabular».

Toda la argumentación de la Dirección General se viene abajo si el constructor, dueño en pleno dominio del solar y de «todos» los pisos construidos, incumple el contrato y vende a su vez los cinco pisos a un tercero. Ya vería-

mos la forma de proceder judicialmente cuando se intentase alegar ese «negocio traslativo anterior a la inscripción» que se lleva por delante de la prioridad, el tracto sucesivo, la protección del tercero, la legitimación y todo lo demás. Creo que los ciento treinta y cinco o más años que avalan la creación y aplicación de la legislación hipotecaria merecen otro trato más respetuoso.

J. M.^a CH. O.

RESOLUCION DE 11 DE ENERO DE 1995.—HIPOTECA DE MAXIMO EN GARANTIA DE OBLIGACIONES ACTUALES Y FUTURAS.

Resolución de 11 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Cobo de Guzmán, en nombre del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Salamanca, a inscribir una escritura de hipoteca de máximo, en virtud de apelación del recurrente.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Cobo de Guzmán, en nombre del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Salamanca, a inscribir una escritura de hipoteca de máximo, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos. I. El día 13 de mayo de 1993, mediante escritura pública otorgada ante don Julio Rodríguez García Notario de Salamanca, don Remigio Domínguez Cifuentes y su esposa doña Angélica Diez Fernández, constituyeron a favor del «Banco Hispanoamericano, Sociedad Anónima» una hipoteca de máximo sobre una finca urbana propiedad del recurrente por hasta un principal de 27.000.000 de pesetas sus intereses de tres años, por un total de 12.480.000 pesetas, más 5.200.000 pesetas para prestaciones accesorias. En la citada escritura se establecen las siguientes estipulaciones: «Tercera. Las obligaciones garantizadas por la hipoteca son cuantas tengan contraídas a la fecha de esta escritura, y las que contraigan dentro del término de cinco años a nombre de la compañía «Remigio Domínguez e Hijos, Sociedad Anónima», aunque su vencimiento sea ulterior, contraten los prestatarios con el «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», derivadas del préstamo, créditos simples o en cuenta corriente créditos documentados, efectos de comercio de que el Banco sea tenedor y aparezcan librados, endosados, aceptados o avalados por los deudores; avales prestados por el Banco, por cuenta de los deudores; descubiertos en cuenta de cualquier origen, fianzas prestadas en favor del Banco y cualesquiera otras que tengan su origen en operaciones regulares del negocio bancario, así como los intereses, gastos y demás obligaciones que sean accesorias de las expresadas. Quinta. La existencia de la presente hipoteca, y el plazo expresado en la estipulación tercera, no afectará la individualidad y subsistencia de cada una de las obligaciones que los prestatarios contraigan con el Banco, las cuales tendrán su régimen específicamente pactado en cuanto a vencimiento, intereses y demás modalidades, salvo en cuanto a tipo de interés, lo señalado en la estipulación sexta. Consiguientemente el Banco podrá exigir a su vencimiento el pago de cualquier obliga-