

<b>A. DERECHO CIVIL</b>	<b>CAMBIO DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA</b>	<b>Núm. 30/2004</b>
-----------------------------	---	-------------------------

**Emilio HONRADO DURANTE**  
Abogado

• **ENUNCIADO:**

*Mediante escritura otorgada ante el notario de C, don PML, con fecha 8 de julio de 1994 y número 393 de su protocolo, la Caja de B sucursal de S de B concedió a CG, S.L. ocho préstamos con garantía hipotecaria por un importe total de 38.650.000 pesetas de principal por plazo de 18 años desde la fecha de otorgamiento de la antedicha escritura.*

*Al incumplir el prestatario (CG, S.L.) las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario, mi C de B promovió ante el Juzgado de Primera Instancia de C procedimiento judicial sumario hipotecario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria número 420/1998, contra la entidad CG, S.L., en reclamación de 6.019.215 pesetas, por los siguientes conceptos: 4.519.215 pesetas por el saldo deudor al día 23 de septiembre de 1997, de las que correspondían 4.122.500 pesetas por principal del préstamo, 396.715 pesetas de intereses, comisiones e intereses de demora, más 1.500.000 pesetas fijadas para costas y gastos de ejecución.*

*Por el procurador de los Tribunales YZ, se presentó con fecha 14 de octubre de 1998 demanda de TERCERÍA DE DOMINIO en representación de doña TCB, don M, doña C, don JJ y don AHC, contra CG, S.L., y C de B la demanda se sustentaba sobre los siguientes y resumidos hechos, los demandantes consideraban que la finca hipotecada era de su propiedad, toda vez que ella pertenecía en pleno dominio a don JJHM, a la sazón esposo y padre de aquéllos.*

*Sus pretensiones las apoyaron en el documento de fecha 13 de septiembre de 1991, que los intervinientes calificaron como ESCRITURA DE PERMUTA, complementada por dos actos notariales de reconocimiento del deudor y de presencia. En el suplico de la demanda, los demandantes concretaron sus pretensiones, que fueron:*

*1.º Se dictase sentencia por la que se declarase que la finca de la que se hizo mérito anteriormente corresponde en propiedad y dominio a los demandantes.*

*2.º Se condenase a los demandados a estar y pasar por tal declaración condenándoles a las costas y gastos del juicio.*

*La C de B contestó a la demanda de Tercería de Dominio oponiéndose a ella, sobre la base de los argumentos que sucintamente vamos a reproducir:*

*1.º La finca matriz -de la mencionada vivienda-, esto es, el solar, se transmitió por don JJHM -causante de los actores- a don JGS, persona física, y éste, después de disolver la sociedad conyugal, adjudicó la finca a su esposa doña MDRP, la cual la aportó a la entidad CG, S.L., que con posterioridad hizo la declaración de obra nueva y la división de la propiedad hori-*

zontal en 13 NUEVAS FINCAS, una de ellas fue la 4.929, objeto de la Tercera de Dominio cuya titularidad pertenece a CG, S.L., como así se infiere del Registro de la Propiedad de C; de la susodicha inscripción se deduce la inexistencia de limitación de ningún tipo.

2.º De la lectura de la supracitada ESCRITURA DE PERMUTA -cláusula segunda letra C)- se desprende que, en contraprestación por la cesión, don JGS transmitirá en permuta a don JHM:

- a) Planta sótano del edificio que tendrá su entrada por el regato de la Z.
- b) Una vivienda de la planta primera.

El compromiso se limitó a una vivienda de la planta primera sin especificar de qué vivienda se trataba.

3.º Asimismo, de la cláusula D de la repetida escritura de permuta, se pactó que los departamentos se transmitirían libres de cargas, gravámenes y arrendatarios, autorizando al cesionario señor GS, para solicitar préstamos con garantía hipotecaria, o de otra clase sobre el edificio... cancelando las cargas que tuvieran antes de proceder a la formalización de la transmisión, ésta se llevará a efectos mediante la correspondiente escritura pública después de obtenida la cédula de calificación definitiva de Vivienda de Protección Oficial (VPO).

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Naturaleza jurídica del contrato de cambio de solar por edificación futura.
2. Cuándo se entenderá en el presente caso transmitido el dominio de la vivienda a edificar en un futuro.

• SOLUCIÓN:

1. «Es difícil encontrar una naturaleza jurídica unitaria de este contrato», así se manifiesta la profesora SERRANO CHAMORRO, en la página 47 de la obra *Cambio de solar por edificación futura* -Aranzadi Editorial-, la dificultad deriva al poderse ofrecer con diversas variantes, existiendo numerosos contratos que persiguen esta finalidad de cambio de solar por edificación futura, siendo por tanto preciso acudir al contrato en cuestión para buscar la verdadera intención de las partes contratantes.

MERINO HERNÁNDEZ, siguiendo a BIANCA, estima como dato esencial a tener en cuenta «el efecto buscado por las partes».

Se está en presencia de un caso muy frecuente en la práctica profesional en el que las dificultades se multiplican gradualmente, la interferencia de precisiones administrativas y fiscales fuerza en la práctica a sacrificar construcciones jurídicas aptas para provocar seguramente el resultado apetecido.

No obstante lo afirmado en los párrafos precedentes, parece posible hablar de un desarrollo y revitalización del contrato de permuta, en el que se puede subsumir el tipo de relación que nos ocupa, y ello debido primordialmente a la cada vez más prolija actividad promotora y edificadora de inmuebles destinados a viviendas, así como el 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 hagan.

MERINO HERNÁNDEZ, al tratar de esta figura la recoge como el gran hallazgo de nuestro tiempo por cuanto: «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 norma alguna de la economía de la persona o empresa constructora». En la misma dirección, se ha expresado la

**Administración Territorial de Valencia en Sentencia de 18 de octubre de 1973.** También en el ámbito público nos encontramos con esta modalidad, como es la **Ley Foral de Navarra de 30 de junio de 1993**, en la que se califica el contrato como permuta.

Quizá la cuestión más dudosa en torno a la naturaleza jurídica del contrato de «cambio de solar por edificación futura» sea la relativa al arrendamiento de obra ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 2 de febrero y 23 de abril de 1991 y 17 de enero de 2001. Consideran que en el contrato en cuestión se mixtifican la idea de cambio y la ejecución de la obra.

La Sentencia de **3 de junio de 1970** parece encajar correctamente en el contrato objeto de estudio, al expresar que estamos ante un supuesto de compraventa de cosa futura, porque lo que persigue la entrega del local para lo que la construcción del edificio, como obra, es un accesorio que posibilita la efectividad real de la obligación de entrega.

Muy interesante es la **STS de 28 de noviembre de 1973** que especifica claramente la distinción entre el arrendamiento de obra y la compraventa de cosa futura. Principalmente, el contratista del arrendamiento de obra edificará sobre terreno ajeno y el dueño de ella irá haciendo suya la edificación. En cambio en la compraventa de cosa futura, a lo que se obliga el vendedor es a entregar la edificación urbana.

Finalmente, existe una línea muy extendida de jurisprudencia que considera que el contrato de cambio de solar por edificación futura es un contrato atípico en su modalidad de combinado: conjuga por un lado una permuta, un cambio de solar por edificación, pero al no existir objeto actual de una de las partes existe un compromiso futuro de que se entregará un bien determinado o susceptible de determinación (un piso, garaje, etc.) que se construya sobre ese solar mezclándose o combinándose al menos prestaciones de diversos contratos, de la permuta y del arrendamiento de obra, como dice el TS contrato atípico en la modalidad de permuta con prestación subordinada de obra *do ut des*. Son abundantes las SSTS bajo esta modalidad, citaremos a título de ejemplo las siguientes: **Sentencias de 31 de octubre de 1986, 5 de julio de 1989, 23 de abril de 1991, 30 de septiembre de 1996 y 7 de abril de 1999.**

Un hito importante, en la regulación del repetido contrato, lo constituyó su tipificación por el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, tras la modificación hecha por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, la anulación del expresado artículo por STS de **31 de enero de 2001** ha dejado en la actualidad vigentes los dos últimos apartados del precitado artículo, volviendo, pues, a la situación anterior, habiéndose disfrutado poco tiempo de las ventajas de una clara estipulación, y a pesar de su frecuente utilización, de nuevo, nos vemos obligados a seguir el tratamiento de otros años, y a esperar que se consolide legalmente esta figura de todos conocida.

A modo de conclusión, debemos decir que coincidimos con Merino Hernández al considerar como primordial «el efecto buscado por las partes», y teniendo en cuenta la evolución del contrato cuyo estudio nos ocupa no dudamos por decantarnos por su calificación como **PERMUTA**.

**2.** Por la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1.095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso además la tradición o entrega de la cosa, si bien admite ésta en forma espiritualizados, como es la prevista en el párrafo segundo del artículo 1.462 al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultase o se dedujera claramente lo contrario. En el caso que nos ocupa en la escritura de 13 de septiembre de 1991, existe la cláusula D, en la que se pactó que antes de proceder a formalización de la transmisión, «ésta se llevará a efecto mediante la correspondiente escritura pública...», a lo que se debe añadir que la casa vivienda no estaba determinada, pues, simplemente se decía

en la precitada escritura que el compromiso del constructor se reducía a «entregar una vivienda de la planta primera» -sin describirla-. En realidad, tratábase de la entrega de una cosa futura, inexistente en el momento de perfeccionarse el contrato de tal manera que el pacto, al versar sobre una cosa *sperate* aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos translativos de dominio sobre la otra, como dice la **Sentencia de la Sala Primera del TS de 15 de junio de 1992**, «que una vez terminada medie inexcusable requisito de la entrega o *traditio*».

Para que la *traditio* instrumental opere es necesario, según doctrina de la mencionada Sala del TS, recogida entre otras en **Sentencias de 30 de junio de 1989 y 31 de mayo de 1996**, que se den los siguientes supuestos:

- a) Que la compraventa se hubiera celebrado por medio de escritura pública con todos los requisitos formales para su validez.
- b) Que de dicha escritura no resultase o se deduzca claramente lo contrario, es decir que no concurre discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica.
- c) Que el vendedor esté en posesión del bien enajenado tanto en forma mediata como inmediata, exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su condición de *tradens*.

En el presente supuesto faltan claramente los supuestos segundo y tercero, tanto por el carácter aplazado de la entrega como por versar sobre una cosa que no existía al momento de perfeccionarse el contrato. Por tratarse de un pacto en el que el precio se sustituye por la realización de una obra, el supuesto es el de una relación contractual consistente en la permuta de parcelas o parte de ellas para construir pisos o locales en los que, con independencia de la controvertida cuestión de su naturaleza jurídica, plantéase también cuándo han de entenderse transmitidos los pisos a construir, toda vez que se origina un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela por otra casa futura a realizar, de tal manera que al perfeccionarse el propietario de la parcela la tiene a su disposición como dueño y el otorgamiento de la escritura equivale a la *traditio* o entrega, efecto este que no se produce en relación a la prestación a realizar por el otro contratante por tratarse de la entrega de una cosa futura que habrá de construirse sobre dicha parcela; de modo que como indica la sentencia emanada por la **Sala Primera del TS de 9 de octubre de 1997, fundamento jurídico cuarto**: «... el otorgamiento de la escritura no implica la *traditio ficta* del párrafo 2.º del artículo 1.462, dado que el supuesto tradente carece de la posesión a título de dueño de la cosa, sea en su modalidad de posesión inmediata o mediata, al carecer de existencia de la cosa, aunque sea posible. De donde resulta que requisito necesario para adquirir el dominio mediante *traditio*, concurriendo el título es la existencia y posesión a título de dueño de la cosa que el obligado deberá entregar cuando se materialice en la realidad mediante la correspondiente edificación».

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia más arriba mencionada, en el supuesto que nos ocupa, la transmisión se efectuará, una vez edificada la vivienda, y después de formalizar la transmisión de ésta en la correspondiente escritura pública, una vez obtenida la cédula de edificación definitiva de VPO.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Civil, arts. 609, 1.095 y 1.462.**
- **Ley Foral de Navarra de 30 de junio de 1993.**
- **Decreto de 14 de febrero de 1947 (RH), art. 13.**
- **SSTS de 3 de junio de 1970, 18 de octubre y 28 de noviembre de 1973, 31 de octubre de 1986, 5 de julio de 1989, 23 de abril de 1991, 30 de septiembre de 1996, 9 de octubre de 1997 y 31 de enero de 2001.**