

# EL RENACIMIENTO DEL CONTRATO DE PERMUTA EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA PERMUTA DE SOLAR POR PISOS O LOCALES A CONSTRUIR\*

Guayasén Marrero González\*\*

## RESUMEN

El contrato de permuta, olvidado en el tráfico jurídico, ha vivido en los últimos años un importante auge en el ámbito inmobiliario hasta convertirse en un instrumento básico y de incuestionable actualidad en la construcción inmobiliaria. En este artículo se analizan las controversias que esta modalidad contractual presenta en la práctica y se apuntan soluciones y propuesta de *lege ferenda* de cara a una futura reforma normativa.

PALABRAS CLAVE: permuta, construcción inmobiliaria, solar, edificación futura.

## ABSTRACT

«The Renaissance of barter contracts: doctrinal and cases analysis of barter of plots for building purposes». The almost forgotten barter contract has experienced an important revival in the real estate industry in the last few years to the extent of becoming a basic legal instrument in the construction business. This paper analyses some of the difficulties that this type of contracts may encounter and suggests *lege ferenda* solutions for future legal reforms.

KEY WORDS: barter, real state building, plot, future building.

## I. PLANTEAMIENTO<sup>1</sup>

La permuta es la forma más primitiva de intercambio entre los hombres. Históricamente es el antecedente de la compraventa, que supone la existencia de moneda y, por consiguiente, un grado de organización social más avanzado. Se trata de la primera manifestación natural del comercio, y aparece en la historia desde el momento en que las primeras poblaciones empiezan a especializar sus profesiones y existen excedentes. Anteriormente a la introducción del dinero, el trueque era la única manera de intercambiar bienes; decayendo su importancia económico-social con la invención de la moneda. A partir de ese momento las relaciones comerciales pasan a regularse principalmente por medio de la compraventa.



Desde un punto de vista general, el papel de la permuta es muy modesto. Sin embargo, en ámbitos como el inmobiliario, la permuta de solar por pisos o locales a construir se ha convertido en una práctica habitual, cobrando notable importancia. García Cantero<sup>2</sup> alude a la existencia de ciertos lugares comunes que se repiten y transmiten en relación con la situación actual del contrato de permuta, «y que envuelven juicios en cierto modo peyorativos acerca del mismo, presentándolo, por ejemplo, como contrato de cambio más rudimentario que la venta, y que algunas veces pueden rozar la caricatura, cuando se afirma que el cambio de la cosa permanece casi exclusivamente como medio de transferir la propiedad entre las poblaciones más atrasadas del interior de África, o entre los esquimales de Groenlandia». Bajo una perspectiva histórica es cierto que la permuta nace en economías poco desarrolladas antes de la aparición del sistema monetario, tal como se ha indicado; pero ello no obsta a que coexista después con el contrato de compraventa.

Cierto es que la permuta tiene una función que cumplir en la economía moderna, pues aun dentro de los sistemas económicos más avanzados se presentan situaciones en las que el cambio o trueque objetivo puede resultar más útil que la compraventa, sea por causa de intereses particulares o por exigencias generales de la economía pública<sup>3</sup>.

Por lo que a nuestro país respecta, en los últimos tiempos la permuta parece ser el contrato preferido para la construcción en las grandes ciudades y, asimismo, ha sido utilizado por el legislador como instrumento de realización de las políticas agraria y urbanística<sup>4</sup>. Es más, con la llegada de las nuevas tecnologías, han surgido

---

\* Este artículo procede del trabajo «El renacimiento del contrato de permuta en el ámbito inmobiliario: análisis doctrinal y jurisprudencial de la permuta de solar por pisos o locales a construir» premiado, por decisión unánime del Tribunal, con el Premio jurídico «Don Felipe González Vicen» para alumnos de la Licenciatura de Derecho en la convocatoria oficial correspondiente al curso académico 2007-2008. Mi más sincero agradecimiento a la profesora doctora M.ª Aránzazu Calzadilla Medina por su orientación y sus consejos

\*\* Alumno de 5º curso de la Licenciatura de Derecho, becario de colaboración del MEC del Área de Derecho Civil, Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna.

<sup>1</sup> Abreviaturas utilizadas: Audiencia Provincial: AP; artículo(s): art(s); autores varios: AA. VV.; Boletín Oficial del Estado: BOE; Código Civil: CC; Dirección General de los Registros y del Notariado: DGRN; referencia Aranzadi: JUR; Ley Hipotecaria: LH (Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946); número(s): núm(s); obra citada: op. cit.; Reglamento Hipotecario: RH; referencia Aranzadi: RJ; Sentencia(s): S(S); siguientes: ss.; Tribunal Supremo: TS; Véase: V; volumen: vol.

<sup>2</sup> GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, tomo XIX, segunda edición, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1991, p. 772.

<sup>3</sup> «Así ocurre en los períodos de rápida depreciación de la moneda, con inflación galopante, en donde la permuta adquiere inigualable seguridad; en el comercio internacional respecto de países productores de primeras materias que carecen de moneda convertible y no disponen de reservas en divisas, especialmente en los antiguos países socialistas y del Tercer Mundo» V. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 773.

<sup>4</sup> V. la derogada Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero en el que se regulan la permuta forzosa o la permuta de fincas de

en la red nuevas páginas web como <http://www.cambia.es> o <http://www.truequeonline.com> en las que, en definitiva, se perfeccionan auténticas permutas. Resulta, por tanto, plenamente justificado hablar en estos momentos de un renacimiento y desarrollo de este contrato.

El CC dedica en el Título V del Libro IV sólo tres preceptos (del art. 1538 al 1540) a la regulación de la permuta, pues el art. 1541 es propiamente una norma de remisión a las disposiciones de la compraventa (lo cual no es de extrañar dadas las grandes semejanzas que existen entre ambos tipos de contratos y que la permuta es el antecedente histórico de la compraventa). En el Código Civil francés la regulación de la permuta es también breve, se recoge en cinco artículos del Título VII, del Libro III (bajo la rúbrica «*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*») y, al igual que el Código español, el art. 1707 señala que serán aplicables a la permuta los preceptos de la compraventa («*Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange*»). Dentro de esta misma tendencia se puede alinear el Código Civil italiano, que regula la institución de la permuta en tres artículos (del 1552 al 1555), siendo también uno de ellos de mera remisión a la normativa de la compraventa («*Le norme stabilite per la vendita si applicano alla permuta, in quanto siano con questa compatibili*»). A pesar de esta sucinta regulación, la permuta presenta una serie de características propias que serán objeto de estudio en el presente trabajo, junto con los problemas doctrinales y jurisprudenciales que su revitalización en el ámbito inmobiliario ha conllevado.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN DE LA PERMUTA EN NUESTRO DERECHO

### A. DEFINICIÓN Y CARACTERES DE LA PERMUTA

El art. 1538 del CC define la permuta<sup>5</sup> como «un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». Se trata realmen-

---

reemplazo resultantes de la concentración parcelaria. Actualmente, la permuta sigue presente en el texto de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

<sup>5</sup> La *permutatio rerum* ya fue conocida en Roma, donde se planteó una controversia de Escuelas, célebre entre los romanistas, acerca de sus diferencias con la *emptio-venditio*. En el período clásico, dice DE LA ROSA DÍAZ en su obra *La permuta (desde Roma al derecho español actual)*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 37 y ss., los juristas de las Escuelas Sabiniana y Proculyana comienzan una controversia acerca de la naturaleza de la permuta. Los primeros sostenían que el precio de la compraventa no debía de consistir obligatoriamente en dinero, sino que podía consistir en otras cosas, y por ello consideraban la permuta como una subespecie de la compraventa. En cambio, los juristas de la Escuela Proculyana estimaban que el precio de la compraventa debía consistir inexcusablemente *in pecunia numerata*, de ahí que, para ellos, una cosa era el cambio de cosa por dinero, y otra diferente el cambio de cosa por cosa. De modo progresivo la discusión fue decantándose en favor de la Escuela Proculyana. Como sostiene DE LA ROSA DÍAZ, «el triunfo de la tesis contraria en su época hubiera reportado indudables ventajas a la permuta, ya que así este instituto, que entonces no había sido



te de un trueque o cambio de cosa por cosa, pero no sólo en sentido material, si no que también se incluye el cambio de cosa y derechos reales o de crédito. Por tanto, sólo quedan excluidas de este cambio las prestaciones de servicios<sup>6</sup>.

En relación a los caracteres del contrato de permuta, desde la doctrina<sup>7</sup>, donde existe unanimidad, y la jurisprudencia<sup>8</sup>, se han señalado los siguientes: consensual (se perfecciona mediante la concurrencia de las respectivas voluntades de los permutantes, por el mero consentimiento de las partes); sinalagmático, bilateral o recíproco (de él nacen obligaciones a cargo de ambos contratantes tal como indica el mismo precepto al decir que se da «una cosa para recibir otra»); oneroso (la prestación de cada contratante se corresponde con la contraprestación realizada por el otro, es decir, por el relativo equilibrio y equivalencia de las prestaciones, que no total igualdad<sup>9</sup>); obligacional y traslativo de la propiedad (produce obligaciones, no transmite por sí misma la propiedad, pero es traslativa de la propiedad, es válido título para ello); y obliga a cada permutante a transmitir la propiedad de la cosa permutada (lo cual implica una importante diferencia con la compraventa: en ésta, el vendedor se obliga a la entrega y al saneamiento de la cosa; en la permuta se obliga además, precisamente, a la transmisión de la propiedad).

---

reconocido aún como contrato, hubiera alcanzado la misma protección jurídica que la compraventa; pero a la larga hubiera resultado una posición desventajosa para la propia permuta en relación con la que alcanzó en concepto de contrato innominado». En la época clásica y, sobre todo, una vez que Justiniano terminó de perfeccionar su régimen jurídico, «el contrato de permuta en el Derecho romano se presenta como innominado, de naturaleza real, que obliga a ambos contratantes a transmitir la propiedad de las cosas permutadas, siendo nula la permuta de cosa ajena, que otorga en caso de incumplimiento la posibilidad de ejercitar la *conditio causa data causa non secuta* o bien exigir el cumplimiento, y que no es susceptible de rescisión por lesión». La diferencia esencial entre aquel régimen y el régimen actual de la permuta en el CC radica en que este contrato ha alcanzado un carácter inequívocamente consensual (art. 1538) y en la distinta regulación de la permuta de cosa ajena (art. 1539).

<sup>6</sup> Un concepto prácticamente igual establece el Código civil francés en su art. 1702, que establece que «*L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre*».

<sup>7</sup> V. MORATILLA GALÁN, I., «Quien permuta busca el cambio directo de los objetos en juego mediando en el negocio unos intereses y motivaciones que quizá nada tengan que ver con el valor real o valor en venta de las cosas intercambiadas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2001-701, pp. 1.350 a 1.358.

<sup>8</sup> La STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999/3104) la define «como contrato por el que cada parte se obliga a transmitir a la otra la propiedad de una cosa (arts. 1538 y ss. del CC), contrato consensual, bilateral, oneroso, que produce obligaciones, en cada parte, de transmitir la propiedad de la cosa, que se produce por la tradición».

<sup>9</sup> En este sentido cabe señalar lo dispuesto en la STS de 28 de febrero de 1997 (RJ 1997/1320) que versa «...es preciso considerar que, aunque la permuta tiene la característica de ser un contrato oneroso por efecto de la reciprocidad, ya que, mediante la compensación de las ventajas y los inconvenientes, se da una equivalencia entre las entregas de ambas partes, sin embargo no requiere identidad de valor entre dichas prestaciones, como ha señalado esta Sala, aparte de otras, en la Sentencia de 10 de febrero de 1978...».

Como ya se ha señalado, el CC dedica *strictu sensu* sólo tres preceptos al contrato de permuta. Una de las razones que explica tan escueta regulación es la proximidad conceptual y funcional entre la permuta y la compraventa. No obstante, aunque sea correcto hablar de proximidad entre ambos contratos, no puede llevarse la misma a los extremos de la identidad. Las diferencias existentes entre permuta y compraventa (como la inexistencia de precio en la permuta<sup>10</sup> o la obligación de transmisión de la propiedad de las cosas permutadas) traen como consecuencia que la aplicación a la primera de las normas de la segunda, siguiendo el mandato del art. 1541 del CC<sup>11</sup>, deba hacerse con las adaptaciones precisas, y sólo y en tanto uno y otro contratos sean semejantes. En este sentido el TS se ha pronunciado claramente en la STS de 31 de julio de 1995<sup>12</sup>.

Tanto la compraventa como la permuta son contratos de cambio: cosa por precio en la compraventa, cosa por cosa en la permuta. En supuestos de compraventa y permuta puros o estrictos, las diferencias parecen muy claras, no presenta dificultad alguna la distinción de ambos contratos. Sin embargo, el problema se plantea cuando una de las contraprestaciones es parte precio y parte cosa; cuando se trata de una compraventa en la que como parte y complemento del precio se entrega una cosa, y de una permuta en la que ante la desigualdad de valor entre las cosas permutables, se completa el valor de una con dinero. En estos casos se debe acudir al art. 1446 del CC para determinar si se está ante una compraventa con precio

---

<sup>10</sup> «No cabe en la permuta distinguir entre un vendedor y un comprador, posiciones que, al ser correlativas, no pueden tomarse aisladamente, lo que impide que cada una de las partes sea considerada como vendedor frente a la otra». V. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, p. 782.

<sup>11</sup> «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».

<sup>12</sup> Según dicha resolución (RJ 1995/5923), es «cierto que el contrato de permuta se rige por las normas de la compraventa en todo lo que no alcancen las disposiciones especiales para aquel contrato (arts. 1538 a 1541 del Código civil); pero hay que entender, dada la autonomía jurídica de la permuta, contrato en la historia anterior al de compraventa, que tal aplicación de las normas de la compraventa lo será en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de la permuta». Así, señala la misma sentencia, que no son aplicables: 1) «las normas reguladoras del precio en la compraventa, pues en aquélla no existe un precio en dinero o signo que lo represente, lo que implica que en la permuta ninguna de las partes está obligada a realizar una prestación dineraria; además y por lo mismo no cabe en la permuta distinguir entre un vendedor y un comprador»; 2) «los preceptos sobre compraventa que se basen en aquella contraposición entre cosa y precio como respectivas prestaciones de las partes, y de ahí que el art. 1504, que estricta y expresamente se refiere solamente a la venta de bienes inmuebles y a la falta de pago del precio (inexistente en la permuta), no sea aplicable a este último contrato»; 3) «el requerimiento de resolución que el art. 1504 exige para la venta de bienes inmuebles, cuestión discutida por la doctrina científica; pero que se estima debe seguirse en el caso ahora discutido ante la inexistencia de pacto alguno en el contrato sobre aplicación del art. 1504 a la permuta debatida, único supuesto con el consiguiente pacto comisorio, aquí no concurrente, en que podría seguirse la necesidad del referido requerimiento de resolución».

parcialmente satisfecho en especie o, por el contrario, ante una permuta con compensación pecuniaria. Se trataría, en este último caso, de «una de las bautizadas como permutas estimatorias, que no pierden su naturaleza jurídica de permuta aunque intervenga dinero, cuando se entrega por título de vueltas o suplemento de valores»<sup>13</sup>. Dicho precepto establece que «si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio exceda al del dinero o su equivalente, y por venta en el caso contrario». Así, el contrato se califica como compraventa o permuta atendiendo, en primer lugar, a la manifiesta intención de las partes y, si ésta no consta, en segundo lugar, como criterio subsidiario, se atenderá al valor de la cosa respecto de la aportación en dinero, hablándose de permuta si el valor de la cosa excede al del precio, y de compraventa en caso contrario.

El aludido criterio de la «intención manifiesta» de las partes o criterio subjetivo ha sido oportunamente tenido en cuenta por el TS para fundar en él sus resoluciones, pues se ha atendido en el proceso de calificación del contrato, con carácter prioritario, a «la intención manifiesta de los contratantes»<sup>14</sup>, a «la intención real suficientemente manifestada de las partes de celebrar efectiva permuta»<sup>15</sup>, a «la voluntad contractual»<sup>16</sup>, etc. Es necesario precisar en este punto que «intención manifiesta» no equivale a la mera voluntad de dar al contrato una u otra denominación. Lo trascendente es, no el *nomen* que las partes hayan atribuido al contrato, sino si quien recibe el dinero perseguía el bien concreto o la cantidad, y ésta es la intención que debe averiguarse en los contratantes, es decir, si en una apreciación objetiva de lo que pudieron ellos querer, lo accesorio es el dinero o la cosa, o dicho de otra forma, qué es lo accesorio para el contratante que recibió su contraprestación parcialmente en dinero.

Pero, si el valor de la cosa y el precio pagado en dinero son idénticos, ¿cuál es el criterio que debe prevalecer, a falta de intención manifiesta de los contratantes? Un sector de la doctrina científica, a cuya cabeza se sitúa Gullón<sup>17</sup>, sostiene que se estaría ante una compraventa en atención a la redacción de las últimas palabras del referido art. 1446 del CC, estimándose como permuta el supuesto en que el valor de la cosa «sea mayor» que el dinero «y (se tendrá) por venta en el caso contrario»<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> RIVERA SABATÉS, V., «El artículo 1446 del Código Civil a los ojos del Tribunal Supremo», *La Ley*, 2.006-6.401.

<sup>14</sup> STS de 29 de julio de 1999 (RJ 1999/6583).

<sup>15</sup> STS de 30 de abril de 1999 (RJ 1999/2619).

<sup>16</sup> STS de 6 de abril de 2001 (RJ 2001/6645).

<sup>17</sup> GULLÓN, A. y DíEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, novena edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 304.

<sup>18</sup> Por esta solución se ha decantado el § 1055 del Código Civil austriaco, considerando como compraventa el contrato en el caso de que el valor de la cosa y el precio pagado en dinero sean idénticos («*Wird eine Sache teils gegen Geld; teils gegen eine andere Sache veräußert; so wird der Vertrag*

Otros autores, como García Cantero<sup>19</sup>, ven en dicha hipótesis de igualdad de valor entre ambas prestaciones una laguna legal, y encomiendan la calificación del contrato a la resolución que prudencialmente den los Tribunales.

### C. PERMUTA DE COSA AJENA

El art. 1539 del CC dispone que «si uno de los contratantes hubiese recibido la cosa que se le prometió en permuta, y acreditase que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumplirá con devolver la que recibió». Este precepto presupone la validez de la permuta de cosa ajena y ofrece al contratante afectado la facultad de optar entre mantener la permuta (con aplicación, en su caso, de las reglas sobre evicción o incumplimiento contractual, tal como señala la STS de 30 de abril de 1999), o resolverla con la consiguiente restitución. Se trata de una norma que contiene un supuesto de resolución que, según García Cantero<sup>20</sup>, ha de calificarse de especial por sus requisitos, «y que no actúa de modo automático u *ope legis*, sino que sanciona una facultad de opción a favor del contratante que recibió la cosa ajena, permitiendo elegir entre resolver el contrato o mantener su vigencia». No obstante, la facultad de resolver sólo se da en favor del permutante de buena fe, no al permutante que conocía, en el momento de celebrar el contrato, la alienidad de la cosa que recibió<sup>21</sup>.

El art. 1539 del CC contempla, en su literalidad, el caso en el que uno de los permutantes (que resulta no ser propietario) ha entregado la cosa, y el otro no; sin embargo, nada impide aplicar los mismos criterios al supuesto en el que ninguno ha cumplido cuando la alienidad de la cosa ajena permutada se descubre antes de ser entregada ésta (de forma que cabría la resolución, pero sin obligación de devolver nada, puesto que nada se había recibido), o también al caso en el que los dos hayan cumplido (y entonces ambos deberán restituirse recíprocamente lo que han recibido). En todo caso, y a diferencia de la compraventa, la facultad de resolver es aquí independiente del riesgo de evicción, fundada como está en la mera alienidad de la cosa, aunque se sepa que su verdadero dueño no va a reivindicarla.

No hay plazo para ejercitar la acción resolutoria, debiendo acudir al de quince años del art. 1964 del CC. García Cantero<sup>22</sup> sostiene que no se podrá ejerci-

---

*je nachdem der Wert am Gelde mehr oder weniger, als der gemeine Wert der gegebenen Sache beträgt, zum Kaufe oder Tausche, und bei gleichem werte der Sache, zum Kaufe gerechnet»).*

<sup>19</sup> V. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 786.

<sup>20</sup> GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 810.

<sup>21</sup> Así, lo determina la STS de 16 de mayo de 1974 (RJ 1974/2067) al decir que «en cuanto al art. 1539 del CC [...] se trata de un precepto, transcripción del art. 1502, referente a la compraventa, previsor de la evicción aludida en el artículo siguiente y es necesario para que el adquirente, en permuta de un bien determinado, pueda retener la entrega del suyo que se convino a cambio, que haya descubierto, con posterioridad al convenio, que aquel bien no pertenecía a quien prometió entregarlo».

<sup>22</sup> V. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 814.

tar la resolución si la cosa ha pasado a terceros, o si está gravada con una servidumbre o una hipoteca, salvo que se libere del gravamen o carga.

#### D. EVICCIÓN

La evicción en la permuta se recoge en el art. 1540 del CC: «el que pierda por evicción la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dio en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar el derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entretanto sobre ella con buena fe por un tercero». El concepto y los requisitos de la evicción son los mismos que en la compraventa, pero varían sus efectos. Dándose, así, el caso de evicción, el permutante que la ha sufrido tiene la opción de elegir, contra el otro permutante, entre dos acciones de naturaleza distinta.

La primera opción es la resolución del contrato: «recuperar la que dio en cambio», dice el art. 1540; es decir, no devuelve la que recibió porque la ha perdido por evicción, pero sí recupera la que él entregó. Pero sólo puede ejercitar esta opción si la cosa que él entregó subsiste en poder del otro permutante. Además, se mantienen los derechos adquiridos entretanto sobre ella con buena fe por un tercero; por tanto, si la cosa ha sido gravada con derecho real a favor de un tercero de buena fe (usufructo, servidumbre, hipoteca, etc.), el permutante que, pese a ello, ha optado por recuperar la cosa deberá soportarlo, sin perjuicio de la reclamación personal contra el permutante que la gravó.

La segunda opción viene dada por la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios. El permutante que ha perdido la cosa recibida por evicción y no le interesa la primera opción (recuperación de la que él entregó, porque ha sido transmitida a un tercero o gravada, o ha perdido valor o simplemente porque ya no la quiere), puede reclamar la indemnización de daños y perjuicios<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> El importe de la indemnización será, en principio, el valor de la cosa que él había entregado y todos los gastos que haya tenido por razón del contrato de permuta como por el proceso de evicción. En caso de que los dos permutantes sufran la pérdida de la *res* recibida en permuta por evicción, «se pierde una de las posibilidades de actuación que concede nuestro art. 1540, a saber, la de repetir la cosa dada en permuta, por lo cual sólo queda abierta la segunda alternativa de la opción, indemnización de daños y perjuicios, para ambos permutantes» (V. GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, p. 825).

### III. LA PERMUTA DE SOLAR POR LOCALES O PISOS A CONSTRUIR

#### A. NOTA PRELIMINAR: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL, RAZÓN DE SER Y POSICIONES DOCTRINALES

Como ya se ha puesto de manifiesto, el contrato de permuta ha recobrado protagonismo en el ámbito de la promoción y construcción inmobiliaria en su modalidad de permuta de solar por locales o pisos a construir, mediante la cual uno de los permutantes transmite al otro (salvo pacto de reserva de dominio) o se obliga a transmitir en el futuro a él o a un tercero, designados por el adquirente, la propiedad del solar edificable de que es dueño, mientras que el segundo, constructor o empresario de la construcción, asume la obligación de entregar a aquél locales o pisos del edificio que se compromete a construir sobre el solar. Se habla aquí de un caso de permuta de cosa presente por cosa futura, con la peculiaridad de que uno de los permutantes se obliga, no solo a entregar en su momento la cosa futura, sino también a desarrollar una actividad dirigida específicamente a obtener dicha cosa futura: es decir, a construir, entre otros, los pisos o locales que se obliga a entregar. Y todo esto teniendo siempre en cuenta que la voluntad del dueño del solar es conseguir el objeto del contrato sin desligarse del todo de la propiedad del solar, tratando de obtener la máxima garantía en su actuar para evitar una posible pérdida del solar sin haber obtenido a cambio el inmueble deseado y pactado.

La construcción de nuevas viviendas se ha convertido en un proceso económico y social de acusada dinamicidad y que ha experimentado un gran auge. Según datos del INE, en 1995 se concedieron un total 86.988 licencias municipales para la construcción de edificios destinados a uso residencial. En 2005, esta cifra ya se sitúa en 184.218 licencias municipales.

Esta evolución del sector inmobiliario de los últimos años, coincidiendo con la rebaja de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios, ha motivado que surjan en la esfera jurídica, con una frecuencia cada vez mayor, una amplia gama de relaciones contractuales que se otorgan por el que es propietario de un solar y carece de los medios económicos para edificar, o bien no quiere convertirse en constructor, y aquella otra persona que tiene estos últimos o es técnico en la edificación, y en cambio, carece del capital para adquirir un solar, que en la actualidad puede alcanzar precios desorbitados.

En nuestra doctrina pueden distinguirse tres posiciones diferentes: la mayoría se inclina por considerar este contrato como una permuta especial de cosa presente por cosa futura; otro sector importante prefiere hablar de permuta con prestación subordinada de obra; y no faltan posturas intermedias como calificarla de contrato atípico, contrato de aportación, etc.

Tomando como base la postura mantenida por la doctrina mayoritaria, esto es, la consideración este contrato como una permuta especial de cosa presente por cosa futura, se lleva a cabo el análisis de esta figura contractual.



Merino Hernández<sup>24</sup> configura esta modalidad contractual como permuta de solar por pisos a construir, indicando que, «De los pocos autores que de ella se han ocupado, todos dan en calificar al negocio de permuta, aunque no ordinaria, sino teñida de cierta especialidad que le da el versar uno de los objetos del contrato sobre una cosa futura. Suele configurarse entonces como permuta de cosa presente por cosa futura y encuadrarse dentro de la teoría general de los negocios, y especialmente de la compraventa, sobre cosa futura». Consiguientemente, califica este negocio de verdadera permuta de cosa presente por cosa futura. «Es más, la calificación al negocio de permuta nos ayudará sobremanera a resolver las diferentes cuestiones que en la práctica pueden suscitarse en torno a este contrato». En la misma línea, García Cantero<sup>25</sup> indica que debido a las especiales circunstancias socioeconómicas, se ha desarrollado bastante en los últimos años la contratación en forma de permuta consistente, fundamentalmente, en el cambio de un solar por un determinado número de pisos o locales a construir en el mismo. Aunque hay gran variedad de fórmulas jurídicas que permiten obtener idéntico o parecido resultado económico, no hay duda de que la permuta es una de los negocios típicos que pueden lograr aquella finalidad. «Se trata de permuta de una cosa presente por una futura».

## B. MODALIDADES

López Frías<sup>26</sup> esquematiza las opciones que suelen escoger las partes a la hora de contratar del siguiente modo: 1) La denominada «forma clásica» consiste en la transmisión de la propiedad del solar a cambio de que se construya en él un edificio y reviertan al cedente determinados pisos o locales del mismo<sup>27</sup>; 2) Puede también acordarse que la cesión del solar se realice a cambio de un porcentaje sobre lo edificado, sin determinar de antemano los pisos, plantas o locales que se recibirán<sup>28</sup>; 3) Otra posibilidad es la transmisión de una cuota indivisa del solar recibiendo como contraprestación ciertas viviendas o locales a construir<sup>29</sup>; 4) En ocasiones, se acuerda la cesión del derecho de vuelo a cambio de una determinada planta o plantas que se construirán en el solar<sup>30</sup>. Para Monet y Antón<sup>31</sup>, la modalidad de

---

<sup>24</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, p. 343 y ss.

<sup>25</sup> V. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 795.

<sup>26</sup> LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, primera edición, Jose María Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 13 y 14.

<sup>27</sup> V. SSTS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989/671) y de 30 de enero de 1990 (RJ 1990/101).

<sup>28</sup> V. SSTS de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9474) y de 29 de abril de 1996 (RJ 1996/3024).

<sup>29</sup> V. SSTS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298) y de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10286).

<sup>30</sup> V. SSTS de 31 de marzo de 1980 (RJ 1980/1233) y de 30 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5691).

<sup>31</sup> V. MONET Y ANTÓN, F., «Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir», Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963; Valencia, 1967, p. 70 y ss.

«cesión de suelo por vuelo» puede presentarse como permuta del solar por pisos o locales del edificio a construir sobre el mismo. Se trata del supuesto en que el propietario del solar conviene con el constructor la permuta del solar, que adquirirá en propiedad el constructor, por las unidades de obra que se pacten del edificio a levantar sobre tal solar, que pasarán a ser propiedad del cedente cuando se construyan por el cesionario; 5) E incluso lo cedido por el dueño del solar puede ser un derecho de superficie, pactándose también en este supuesto como contrapartida la adjudicación de pisos o locales<sup>32</sup>; y 6) Por último, cabe hacer referencia a aquellos casos en los que la aportación del solar se realiza a cambio de una participación en los beneficios que se obtengan de la venta de los pisos o locales a construir<sup>33</sup>.

## C. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Una vez tratado, con carácter general, el contrato de permuta y su régimen jurídico, a continuación se hará una síntesis de los elementos del contrato de permuta de solar por locales o pisos a construir (personales, reales y formal) para, seguidamente, centrar el estudio en los elementos accidentales.

### I. Elementos personales

Deben intervenir, al menos, dos personas, el dueño del solar (*tradens*) y el adquirente del mismo (*accipiens*). Este adquirente es conocido en el sector inmobiliario con el nombre de promotor o constructor, según que simplemente actúe promoviendo la construcción de edificios, es decir, contrate con otra u otras personas la edificación futura de los inmuebles bajo su supervisión, o bien sea el mismo adquirente del solar el que efectivamente vaya a encargarse de la edificabilidad.

### II. Elementos reales

Elemento típico de este contrato será el terreno apto para ser edificable de acuerdo con las normas urbanísticas, y por tanto con la calificación de solar, y su

---

<sup>32</sup> Esta posibilidad parece recogerse de forma expresa en el art. 35.3 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo: «El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie». Asimismo, el art. 36.1 del mismo texto legal deja claro que el derecho de superficie «es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo».

<sup>33</sup> V. SSTS de 12 de abril de 1993 (RJ 1993/876) y de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995/7026).



contraprestación será parte de esa edificación futura, bien mediante una asignación específicamente determinada de qué bienes se entregarán o bien señalando unas características generales. Por lo tanto, los elementos reales son el solar y parte de la edificación futura<sup>34</sup>.

Esta apreciación general de solar y pisos, como objeto, debe concretarse; ha de determinarse en el contrato el objeto cierto. Así, debe figurar en el contrato cuál es el solar que se entrega, especificándose cuál es su superficie, su ubicación, situación dominical y demás caracteres esenciales o definidores que puedan precisarse, además de las condiciones en que se encuentra física y jurídicamente.

Por otra parte, también debe determinarse cuáles son los pisos o locales que deben entregarse. La cuestión principal es la siguiente: ¿qué ocurre si se ha pactado el cambio del solar por un piso en el edificio construido y no se señalan sus características, ni sus dimensiones, ni la calidad de los materiales empleados u otras cuestiones relevantes y definidores del objeto? El TS se ha manifestado sobre la indeterminación del objeto: tanto la STS de 5 de julio de 1989<sup>35</sup>, como la de 10 de marzo de 1990<sup>36</sup>, tienen como *leitmotiv* la falta de individualización de los pisos que debía recibir el cedente. En la sentencia de 10 de marzo de 1990, el TS opta por la validez del contrato, desviando la indeterminación del objeto en cuanto tal (piso) a la indeterminación en la cantidad (superficie del piso)<sup>37</sup>. Aunque la argumentación del TS es criticable (porque el hecho de no fijar las características del piso que se ha de recibir puede incidir en el cumplimiento del contrato), hay que reconocer que el TS lleva a cabo esta argumentación con el fin de afirmar la existencia del contrato cuyo cumplimiento deviene imposible y debe resolverse. De ahí que el TS defienda su existencia, a pesar de la falta de individualización del piso, para poder después dar lugar a la resolución.

En la sentencia de 5 de julio de 1989, respecto a la determinación de la contraprestación, el TS mantiene que «la doctrina ya ha caracterizado este *nomen* negocial

---

<sup>34</sup> Aunque también pueden incluirse el precio o porcentaje de venta de la edificación; dependerá, pues, de la modalidad que se esté celebrando, ya que también es posible que conjuntamente se entregue parte de la edificación y dinero, sin perder la consideración de contrato de permuta (V. LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la...*, *op. cit.*, p. 14).

<sup>35</sup> RJ 1989\5400.

<sup>36</sup> RJ 1999\1685.

<sup>37</sup> Por eso manifiesta que «no cabe oponer objeciones para el reconocimiento de la existencia del contrato [...] debido a que si evidentemente en el contrato tan mencionado uno de sus objetos, el piso, no viene concretado en su superficie, ni otras características esenciales como tipo de construcción, calidad, etc., ello no implica la necesidad de que se produzca sobre ello un nuevo convenio entre los contratantes, determinante de una equivalencia a falta de objeto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1273 del CC en relación con los arts. 1445 y 1541 del mismo Código, desde el momento que el indicado art. 1273 expresamente previene que la indeterminación en la cantidad no es obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, que es precisamente lo que ocurre con relación al piso a que se alude, que en cuanto se previene en el contrato aludido será el que elija (el cedente) de entre los que construya (la otra parte)». En definitiva, según el TS «basta con que éste (cedente) elija de entre los que aquél construya en la casa referida, toda vez que para ello no se precisa de nuevo convenio referente a características del piso a elegir».

*ad hoc* y lo fija en la precisión de que se individualicen suficientemente los pisos o locales a recibir como contraprestación, o bien cabe que se deje al arbitrio de un tercero, aunque nunca a discreción de una parte porque lo veda el art. 1256 del CC».

### III. Elemento formal

En virtud del principio de libertad de forma, el contrato podrá plasmarse por escrito en documento privado o bien en escritura pública. Normalmente se plasma en documento privado el objeto del cambio de solar por pisos, y a la vez se acude al notario para realizar la venta del solar en que se fija un pago en especie de tantos pisos a construir (venta con precio aplazado). Esta forma de proceder puede acarrear numerosos perjuicios para al antiguo dueño del solar que puede verse privado de su contraprestación futura, incluso del solar, salvo que se garantice suficientemente el negocio.

Por ello es preferible otorgar escritura pública de permuta de solar por los pisos convenidos; escritura que es registrable al amparo de los arts. 2 y 3 LH. En el Registro constará la titularidad del solar a favor del promotor o constructor (para poder acudir, en su caso, a la obtención del préstamo hipotecario), pero no se dará la constancia registral de la contraprestación de tantos pisos con efectos reales. Es decir, la contraprestación es una obligación de entregar el precio *in natura*, obligación puramente personal que no protege al anterior dueño (*tradens*), independientemente de que al inscribirse la escritura de permuta conste la simple indicación de que se entregarán tantos pisos. Distinto es el caso en que se estipule una condición resolutoria que afecte a este cumplimiento, que sí surtiría efectos frente a terceros, amparando el registro al *tradens*. En todo caso, puede entenderse que la permuta de solar por pisos, por sí misma, no protege al *tradens*, salvo que se acompañe determinadas cláusulas, y se tratará, por lo general, de un contrato con efectos meramente obligacionales<sup>38</sup>.

### IV. Elementos accidentales

En el contrato de cambio de solar por edificación futura es frecuente añadir ciertos pactos condicionales y la intervención de un plazo.

#### 1. Condición suspensiva

La condición suspensiva puede estar acompañada de la previsión de un término dentro del cual el evento condicionante debe confirmarse; de lo contrario, la

---

<sup>38</sup> Interesa al respecto la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996 (V., en especial, su F.D. 4º).

parte que haya enajenado bajo condición suspensiva deberá, para readquirir la plena disposición del bien, promover el pronunciamiento judicial acerca de la falta de cumplimiento de la condición al haber transcurrido un lapso de tiempo oportuno dentro del cual la confirmación prevista por las partes se hubiera debido verificar<sup>39</sup>.

Debido a la finalidad de esta modalidad contractual, es frecuente en la práctica estipular alguna condición en la que se establezca que la eficacia de este contrato queda supeditada a que a la constructora se le conceda el préstamo hipotecario, y en caso de que no se conceda, quedará anulado el contrato. Se trata de una verdadera condición, un acontecer futuro e incierto, porque la concesión del préstamo hipotecario puede o no producirse.

## 2. Condición resolutoria

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

Asimismo, para seguridad del dueño del solar, cabe pactar en el contrato de permuta de cambio de solar por edificación futura que, el incumplimiento por cualquier causa por parte del adquirente del solar (de su obligación de construir el piso o local o en general la edificación proyectada en los términos previstos, y tener los locales correspondientes a disposición del transmitente del solar) operará como condición resolutoria explícita. Por tanto, si el adquirente del solar incumple su obligación, podrá el transmitente ejercitar la facultad de resolución del negocio que al efecto se le reconoce, quedando resuelto el contrato con la notificación que de su voluntad en ese sentido haga el transmitente al adquirente por medio de acta notarial. Ahora bien, como el adquirente del solar en la mayoría de los casos solicitará financiación, difícilmente recibirá dinero a préstamo con garantía hipotecaria mediante tal condición resolutoria. Por ello, suele pactarse la posposición de esta condición resolutoria a la hipoteca que se ha de constituir. Así se recoge en la SAP de

---

<sup>39</sup> Muestra de lo dicho es la STS de 10 de mayo de 1994 en la que se establecía un plazo para el cumplimiento de la condición: «Si en el plazo de dieciocho meses, a contar desde esta fecha, no se obtuviese la calificación de suelo como urbano o urbanizable, las partes de mutuo acuerdo podrán prorrogar este contrato o dejarlo sin efecto». Además, se fijaba un mínimo de edificación: «se otorgue la oportuna licencia de edificación sobre dichos terrenos para la construcción en un mínimo de 40 viviendas unifamiliares adosadas y unifamiliares independientes».



Murcia de 3 de diciembre de 2002<sup>40</sup>, en la que «las partes acuerdan y consienten en posponer la condición resolutoria explícita pactada a favor de esta posible hipoteca». Como ha sostenido la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>41</sup>, nada impide que en el Registro de la Propiedad se inscriba, con el consentimiento de todos los interesados, el pacto en virtud del cual, en caso de resolución de la venta, seguirá subsistiendo la hipoteca.

Como manifestación de la operatividad de dichas cláusulas cabe citar la STS de 19 de junio de 1996<sup>42</sup>.

Igualmente se puede pactar una condición resolutoria para el caso de que, por parte de la Administración, no se conceda la licencia de obras en las condiciones que permitan la construcción conforme al proyecto, protegiendo la posición jurídica del cesionario<sup>43</sup>.

Hay que tener en cuenta que en nuestro sistema inmobiliario registral las condiciones suspensivas o resolutorias establecidas en los actos inscribibles y que afecten directamente al dominio o derecho real limitado inmobiliario tienen entrada en el Registro, debiendo copiarse literalmente en la inscripción del acto principal como elemento integrante del mismo. Su condición de inscribible está consagrada por varios preceptos, como el art. 9.2 LH.

---

<sup>40</sup> JUR 2003/113249.

<sup>41</sup> RDGRN de 16 de septiembre de 1999. BOE del 9 de octubre de 1999. Ref. 20087.

<sup>42</sup> En dicha resolución el tenor de la cláusula resolutoria era el siguiente: «En el supuesto de que en dichos plazos no se ejecutase la totalidad o el cincuenta por ciento de la construcción del Plan Parcial, doña Amparo M., sin contraprestación alguna, devendrá dueña de todo el suelo y la obra existente sobre los terrenos de las parcelas pendientes aún por entregar obra realizada, o en fase de ejecución o construcción». (RJ 1996/5102). V. en el mismo sentido la STS de 23 de enero de 1991 (RJ 1991/311).

<sup>43</sup> Así, la STS de 19 de julio de 2002, en la que se recogía una cláusula contractual, que establecía que: «La denegación expresa de la licencia de obras solicitada por los compradores, dará lugar a la extinción de este contrato, por impedir su perfeccionamiento, salvo que los defectos que impidieran la licencia fueran subsanables. En todo caso, puesto que la obtención de la licencia tiene un plazo previsto de 3 meses a contar desde su solicitud, según resulta habitual en el Ayuntamiento de Campello, en base a ello, las partes pactan que sólo a partir de un retraso en la obtención de la licencia superior a seis meses desde su solicitud, cualquiera de las partes podrá optar por resolver este contrato, que aplicada por el Supremo ratifica la resolución contractual, si bien precisando su verdadera calificación, al señalar que su naturaleza jurídica no es tanto lo expresado con mala técnica jurídica («... extinción del contrato por impedir su perfeccionamiento...») sino que el contrato se perfeccionó en el día de su fecha, en que incluso se pagó una cantidad de dinero y esta cláusula transcrita tiene naturaleza jurídica de condición resolutoria: si se cumple la condición —denegación o retraso de seis meses de la licencia de edificación (siempre respecto al proyecto consensuado)— se resuelven el contrato y las obligaciones derivadas del mismo y las partes deben restituirse aquello que hubiesen percibido, como dice el art. 1123 del CC volviendo al *statu quo anterior*».



### 3. Plazo

El establecimiento de un plazo puede comprender diversos aspectos que oscilan entre: fijar un plazo a partir del cual se entienda producida la condición, o bien, marcar un plazo para la entrega de la edificación futura<sup>44</sup>.

### 4. Cláusula penal

Es posible reforzar el cumplimiento de la obligación principal mediante la asunción por el adquirente del solar de una prestación complementaria de la principal (entrega del inmueble edificado), consistente en una pena, normalmente de carácter económico para el caso de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento de dicha obligación principal. Se incrementa así la responsabilidad del *accipiens* mediante la inclusión de una cláusula específica que agrava la situación del deudor al imponer un plus a la prestación inicial.

Por otro lado, se encuentra generalmente la estipulación de la cláusula penal como medida preventiva y eficaz de entrega de los inmuebles en el plazo fijado por las partes, pues de lo contrario, se señalan unas cantidades, normalmente elevadas, tendentes a dar cumplimiento de los plazos marcados. Algunas sentencias que se han ocupado de esta cuestión son la STS de 12 de julio de 1993<sup>45</sup> (prevé una indemnización por cada día de retraso, extendiendo su eficacia dicha cláusula hasta la total terminación de las obras) o la STS de 6 de junio de 1995<sup>46</sup> (se estipula un plazo de tolerancia de quince días sobre el fijado de terminación, pasado el cual el contratista incurriría en una sanción de 25.000 pesetas por cada día de retraso).

## D. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

### I. Del cedente (*dueño del solar*)

La principal obligación que asume el dueño del solar es la cesión del solar. El cedente debe entregar el solar al cesionario, aunque esta entrega puede provenir

---

<sup>44</sup> En la gran mayoría de los contratos de permuta de solar por edificación futura es habitual encontrar un plazo fijado por la voluntad de las partes, siendo frecuente la introducción de cláusulas como: «La construcción del edificio sobre el solar objeto del presente contrato será realizada en un plazo de ... meses a partir de la concesión de la licencia para la construcción de dicho edificio»; «Dichos inmuebles serán entregados por la sociedad compradora a la parte vendedora, en un plazo no superior a ... meses, a partir de la fecha de la firma de esta escritura»; o «El plazo de realización de las obras será de ... meses a partir de la fecha en que don ... (*accipiens*) obtenga las licencias y permisos necesarios, y libre el solar de obstáculos o impedimentos. A este plazo se añadirá el tiempo que determine el arquitecto director de las obras por conceptos como huelgas, realización de mejoras, etc.».

<sup>45</sup> RJ 1993/6008.

<sup>46</sup> RJ 1995/5055.



de actos jurídicos diferentes (transmisión de la propiedad del solar, cesión del derecho de vuelo) dependiendo de cómo se haya configurado jurídicamente el contrato. La obligación de entrega se cumple siempre que se ponga a disposición del cesionario el solar en cuestión.

Según la jurisprudencia<sup>47</sup>, el solar debe entregarse libre de toda carga o gravamen.

Junto a esta obligación principal de entregar el solar, el cedente asume siempre otra obligación, a saber, recibir los pisos o locales pactados en el contrato. Tal obligación se pone de manifiesto en la STS de 23 de enero de 1991, en la que la conducta obstativa del cedente impide el cumplimiento de la obligación del cesionario de entregarle los pisos acordados.

## II. Del cesionario-adquirente

Las obligaciones esenciales que ha de cumplir el cesionario, de forma sucesiva, son las siguientes: primero, construir el edificio proyectado, y una vez cumplida ésta, entregar los pisos o locales que correspondan al cedente según lo acordado en el contrato.

La construcción del edificio es una obligación de hacer que el cesionario asume con carácter principal. El hecho de que el cesionario se obligue a edificar en el solar (normalmente conforme a un proyecto que el cedente ya conoce) no significa que haya de hacerlo por sí mismo, puesto que no existe, en principio, un carácter *intuitu personae* respecto a la obligación de edificar, por lo que puede encargar la construcción a un tercero. Él se responsabiliza únicamente de que la construcción se lleve a cabo, aunque sea otro el que la realice. Sin embargo, como dispone el art. 1161 del CC, si se han tenido en cuenta las cualidades personales del obligado el cesionario deberá ser el constructor. Tanto en un caso como en otro, la edificación ha de realizarse cumpliendo las condiciones estipuladas en el contrato respecto a la construcción proyectada, calidad de materiales, acabado de la obra, etc.

En el cumplimiento de la obligación de construir cobran vital importancia los trámites administrativos necesarios como la obtención de la licencia de obra para realizar la construcción proyectada. Son habituales los casos en los que la resolución del contrato se produce por la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación prometida por denegación de la licencia. También pueden plantearse problemas para cumplir íntegramente el contrato cuando debido a los Planes Urbanísticos se concede una licencia que no cubre toda la obra inicialmente proyectada<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> STS de 30 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9812).

<sup>48</sup> Cuando concluya la construcción, el cesionario debe realizar la declaración de obra nueva. Su significado y efectos se precisan en la STS de 27 de junio de 1992: «Partiendo de los arts. 208 de la LH y 308 de su Reglamento, la declaración de obra nueva se configura como una manifestación del propietario de una finca inmatriculada en el Registro de la Propiedad, en la que se hace constar las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana,

Hay un último problema que se plantea cuando, durante el período de ejecución de la obra, se produce el embargo del solar al cesionario, lo cual puede ocurrir si, por ejemplo, el adquirente del solar incumple el contrato de préstamo que hubiera solicitado hipotecando el solar. Si el embargo se ejecuta, el cedente no sólo no obtendrá los pisos o locales pactados, sino que, además, perderá el solar. Este hecho conlleva la necesidad de plantearse en qué momento cambia la titularidad de los bienes objeto del intercambio. Si el solar es propiedad del cesionario, el cedente no podrá recuperarlo, con lo que se hace necesario contrarrestar este riesgo de perder el solar con una serie de garantías que aseguren al cedente respecto al cumplimiento del contrato (como la condición resolutoria) o que tiendan a resguardar su posición jurídica (como la transmisión exclusiva del derecho de vuelo sobre la finca y no de la propiedad del solar).

Tras la construcción, el cesionario, debe entregar al cedente la parte del edificio que, según el contrato, le corresponda. La parte del edificio construido que el cesionario debe entregar al cedente tiene que haberse estipulado en el contrato, dado que es el objeto del mismo. La determinación de los pisos o locales que han de entregarse, puede realizarse de varias formas: o bien se individualizan y especifican —describiendo su superficie, ubicación, etc.—, o puede establecerse en el contrato un porcentaje de la construcción que corresponde al cedente (así por ejemplo en la STS de 27 de junio de 1992<sup>49</sup>, en la que se fija en un 50% de la planta baja, o en la STS de 24 de febrero de 1993<sup>50</sup>, en la que se asigna al cedente el 10% de lo construido).

También, antes de ejecutar la obra proyectada, el cesionario puede contraer otra serie de obligaciones como, por ejemplo, la de demolición: el cesionario puede comprometerse a una actividad previa de derribo y demolición de las casas, ruinas o construcciones que existan sobre el solar cedido que puede ser asumida por cualquiera de las dos partes, aunque es más frecuente que sea el cesionario quien se comprometa a realizarla.

#### E. EXTINCIÓN DEL CONTRATO. EN ESPECIAL EL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento del contrato suscita no pocos conflictos. Una vez determinada la existencia del incumplimiento, cabe un amplio abanico de posibilidades: desde

---

a los fines de su inscripción, sin que esa naturaleza de medio inmatriculador de la obra nueva que presenta su declaración, resulte alterada: ya se haga mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble por lo que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la edificación o mejora, y en ambos casos se contrae a la descripción de las circunstancias físicas o materiales, por ello la doctrina científica viene reconociendo que esta declaración de obra nueva carece de valor negocial y no implica cambio jurídico alguno; [...] es un acto de naturaleza puramente registral. Rechazado el efecto novatorio de la declaración de obra nueva, las partes vienen obligadas a dar exacto cumplimiento a las obligaciones contraídas en el contrato, a tenor de los arts. 1091, 1265 y 1258 del CC».

<sup>49</sup> RJ 1992\5562.

<sup>50</sup> RJ 1993\1249.

el incumplimiento total (por ejemplo porque no se llegó a construir o ni siquiera a obtener la licencia) hasta el cumplimiento completo pero tardío (existencia de mora en el cumplimiento), pasando por otros supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso.

### *I. Cumplimiento parcial y/o defectuoso*

El cumplimiento parcial supone que, al menos, una parte significativa del contrato se cumple según lo acordado, pero la otra parte resulta incumplida. Ante dicha situación, se debe establecer si el incumplimiento es o no imputable a alguna de las partes, la entidad del incumplimiento y sus consecuencias. La postura del TS es clara: la parte correctamente cumplida no origina problema alguno y respecto a la incumplida habrá que determinar si el incumplimiento es o no culpable, para fijar los efectos pertinentes<sup>51</sup>.

El cumplimiento defectuoso abarca aquellos supuestos en los que el constructor contraviene la obligación de construir en la medida en que los pisos presentan vicios o defectos de construcción, o la obligación de entrega (entrega tardía o defectuosa). El cumplimiento defectuoso, tal y como afirma la citada STS de 5 de julio de 1989, abre la posibilidad de resolución contractual por vía del art. 1504 del CC y en general del 1124 del CC, siempre que el cesionario no haya construido, planteándose el problema de que si ha construido pero se ha hecho mal, la restauración al origen de la situación será ya difícil, por lo que cabe, o recurrir a las normas sobre accesión industrial, o al juego específico de la accesión invertida del art. 361 del CC. Para precisar las consecuencias de este tipo de cumplimiento habrá de distinguirse los distintos supuestos según las causas que lo producen.

---

<sup>51</sup> Un ejemplo lo suministra la STS de 2 de octubre de 1984 (RJ 1984/4752), en la que en el contrato se estipulaba la cesión del terreno y como contraprestación a tal entrega se obligaba al cesionario a construir cinco casas en el solar y a transmitir al cedente del terreno en las casas ya edificadas, y antes de un determinado plazo, una serie de viviendas y/o locales radicados en cada casa. El contrato se cumple respecto a las tres primeras casas. Al solicitar la licencia de obra para edificar las dos restantes fue denegada por el Ayuntamiento. El problema que el Tribunal resuelve es la influencia de la fuerza mayor impeditiva en la construcción de las casas y, evidentemente, en la entrega de las viviendas pactadas. Respecto a la fuerza mayor alegada por el cesionario, el TS considera, en general, apoyándose en los arts. 1105, 1182 y 1184 del CC, que «la fuerza mayor ha de hacer imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impedir el nacimiento de la que pueda sobrevenir y que para producir la extinción de la obligación atribuible al deudor es necesario que el evento constitutivo de la fuerza mayor se produzca con antelación al momento en que dicho deudor se hubiese constituido en mora». Como en el momento de denegarse la licencia por cambio de calificación de terrenos a efectos urbanísticos ya había transcurrido el plazo fijado para que el cesionario hubiese cumplido íntegramente sus obligaciones, deduce el TS que «la fuerza mayor impeditiva de que el deudor cumpliera su obligación de entregar al actor las tres viviendas a que la litis se contrae fue evento acaecido con posterioridad a la fecha en que dicho deudor se constituyó en mora, siendo el incumplimiento, por ende, atribuible a su negligencia, determinando ello la procedencia tanto de la indemnización de daños y perjuicios, como la fijación cuantitativa de su montante en la cantidad, pericialmente concretada, del valor de las tres viviendas en el mercado urbanístico».





Si no se realiza de forma correcta la construcción (vicios o defectos constructivos), el cedente dispondrá de las acciones correspondientes para exigir el cumplimiento correcto de la obligación (art. 1101 *in fine* del CC). Además, el cesionario, en cuanto constructor (o promotor de obra inmobiliaria), está sujeto al ámbito de responsabilidad derivado del art. 1591 del CC.

Si no se produce la entrega de los pisos en el plazo pactado, el cesionario incurre en mora desde que el cedente le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. Desde el momento en que esta situación de morosidad se produzca, viene el cesionario obligado a satisfacer los daños y perjuicios (STS de 12 de febrero de 1979<sup>52</sup>) que provoque su conducta tanto si posteriormente puede cumplir (y existiría sólo un cumplimiento moroso) como si ya le es imposible hacerlo (por imposibilidad sobrevenida, que será culpable por haber incurrido previamente en mora). Normalmente como garantía para el cedente en caso de incumplimiento del plazo suele arbitrarse una cláusula penal moratoria.

En el caso de que los pisos o locales no se correspondan con los prometidos (esencialmente por defectos de cabida o superficie), el cedente podrá pedir la corrección de la prestación defectuosa; y de no realizarse la misma, el Tribunal determinará la indemnización que corresponda al cedente, en función del tenor del contrato y del juego de intereses y contraprestaciones pactados.

Por último, la entrega de forma defectuosa se produce por incumplimiento del mandato del art. 1280 del CC, que ordena la elevación a escritura pública la transmisión de los inmuebles. Así, cuando el cesionario se niegue a otorgar escritura pública de adjudicación de los pisos o locales prometidos, aunque se haya procedido a la entrega efectiva de los mismos, el Tribunal debe condenarlo a llevar a cabo tal otorgamiento y a indemnizar al cedente si su actitud le causó daños y perjuicios.

## II. Incumplimiento total

### A. Incumplimiento del cedente

El incumplimiento puede derivar de causas y situaciones muy dispares. Los supuestos de incumplimiento más frecuentes por parte del cedente giran en torno a la entrega del solar. Cabe distinguir dos supuestos: 1) incumplimiento de la entrega del solar (y de sus obligaciones previas de derribo y demolición de la construcción existente en el solar si existen); y 2) ocupación del solar. En este último caso, el cedente tras la entrega del solar al cesionario perturba a éste en su propiedad, ocupando una parte (o todo) del solar transmitido. Así ocurre en la STS de 5 de junio de 1987<sup>53</sup>, según la cual a raíz de haber surgido desavenencias entre las partes, el cedente procedió a ocupar parte del solar, construyendo una valla aproximadamen-

---

<sup>52</sup> RJ 1979\811.

<sup>53</sup> RJ 1987\4042.

te en su mitad y destinando esa parte como zona de estacionamiento para vehículos de su negocio. Ante tal incumplimiento, el Tribunal condena al cedente a derribar la valla y las instalaciones realizadas en el solar y a que cese en toda perturbación de la propiedad del cesionario sobre el solar. También es posible que el cumplimiento del contrato devenga imposible porque posteriormente a la celebración del contrato se produce la enajenación a tercero del solar por parte del cedente<sup>54</sup>.

Las consecuencias del incumplimiento del contrato imputable al cedente del solar son las propias de la resolución: devolución de las prestaciones recibidas (si, por ejemplo, se había entregado una compensación dineraria) e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al cesionario.

## B. Incumplimiento del cesionario

En los supuestos de incumplimiento del cesionario, los más habituales, hay que distinguir, en primer lugar, si las causas que originan el incumplimiento son ajenas o no a la voluntad del cesionario.

Si el incumplimiento es involuntario, no pueden imputarse al cesionario las consecuencias del mismo. Cabe distinguir varios supuestos: 1) incumplimiento por imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación (la consecuencia de este tipo de incumplimiento es la resolución, sin que sea pertinente ningún tipo de indemnización, salvo la reposición a la situación originaria y abono de determinados gastos), siendo el ejemplo típico de imposibilidad sobrevenida la denegación de la licencia de obras<sup>55</sup>; y 2) incumplimiento del plazo de ejecución del contrato por causas ajenas a la voluntad del cesionario. Este supuesto puede darse si, por ejemplo, se suspenden las obras por orden del Ayuntamiento (V. la STS de 22 de mayo de 1974<sup>56</sup>).

Dejando a un lado estos casos de incumplimiento involuntario, menos habituales en la práctica, por lo que respecta al incumplimiento imputable al cesiona-

---

<sup>54</sup> En la STS de 30 de marzo de 1990 se produce una doble venta del solar, lo que determina, en palabras del TS, que «el contrato en cuestión es de imposible cumplimiento y se reconoce su resolución, por cuanto se ha producido una segunda venta a favor de una entidad mercantil que ha inscrito su contrato en el Registro de la Propiedad, y cuyo incumplimiento ha sido debido a culpa exclusiva de los (cedentes) demandados». En virtud de dicho incumplimiento, el cedente queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios derivados de no haber podido construir y comercializar el nuevo edificio en el solar.

<sup>55</sup> Así ocurre, por ejemplo, en la STS de 13 de diciembre de 1989<sup>58</sup>, en la que la denegación de la licencia supuso la automática entrada en vigor de la cláusula que produce la resolución del contrato (por incumplimiento de la condición libremente pactada). Afirma el TS que «la imposibilidad sobrevenida no invalida los contratos, sino que, conforme a la doctrina jurisprudencial ha de declararse la resolución cuando se trata de una relación sinalagmática». Por lo tanto, el efecto es que «se reintegra a las partes a la situación patrimonial anterior a la celebración del contrato y se computan los gastos útiles».

<sup>56</sup> RJ 1974/2097.





rio, los supuestos varían en función de la obligación que resulta incumplida. Así, puede producirse el incumplimiento de: 1) las obligaciones previas (no recepción del solar, hecho que ocurre en la STS de 30 de diciembre de 1992); 2) la obligación de edificar (no realización de la obra que el cesionario se comprometió a ejecutar sobre el solar adquirido, como sucede en la STS de 25 de abril de 1983<sup>57</sup>); 3) la obligación de entrega (las viviendas o locales prometidos, aun habiendo sido construidos, no se entregan al cedente en cumplimiento de lo pactado en el contrato. Piénsese por ejemplo en que el cesionario realice una doble venta a tercero ajeno al contrato, que inscriba su derecho en el Registro, con lo que el cedente perderá la posibilidad de obtener los pisos); y 4) del plazo de ejecución del contrato (especialmente cuando éste se configuró como plazo esencial de cumplimiento<sup>58</sup>).

Los efectos que conlleva el incumplimiento dependen esencialmente de la vía que emprenda el cedente entre las posibles acciones de que dispone. Sobre la base del art. 1124 del CC, el cedente puede pedir la resolución del contrato. Cabe que en el propio contrato se haya estipulado expresamente el mecanismo de la resolución como parte del clausulado. Si se ha pactado en el contrato, podría solicitarse en virtud del incumplimiento de la condición suspensiva estipulada o del cumplimiento de la condición resolutoria. Cuando la resolución no se ha pactado como posibilidad expresa (lo cual no significa que el cedente no pueda acudir a ella) el TS suele fundarla en que falta o se vulnera un elemento esencial cual es la causa. Así, el TS determina la resolución bien por inexistencia de causa, que se manifiesta en la frustración del fin del negocio o bien por ilicitud de la causa. El problema que plantea la resolución es la restitución de las prestaciones. Si las obras no se han comenzado, no hay problema, porque es posible la devolución del solar en el estado en que se hallaba a su entrega. En cambio, si ya se ha iniciado la construcción, no es posible la restitución del solar en las mismas condiciones, y habría que ver en cada caso concreto cuál es la solución más justa, respetando siempre la indemnidad del patrimonio del cedente lesionado.

También según el art. 1124 del CC, el cedente puede optar por exigir el cumplimiento forzoso. En este caso, el TS mantiene que si el cumplimiento (en forma específica) exigido no puede ya realizarse, se sustituya por una indemnización que constituye el cumplimiento por equivalente. Así ocurre, por ejemplo, en la STS de 15 de noviembre de 1974<sup>59</sup>, en la que retomando el fallo del Tribunal *a quo* manifiesta el Supremo que «en el caso de que por haber sido vendidos los locales no quede espacio libre o no haya posibilidad de dar cumplimiento a lo convenido, se abonará al cedente el precio del terreno ocupado por la edificación».

Tanto si el cedente opta por la resolución o por el cumplimiento forzoso, en cualquier caso, procede la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya ocasionado.

---

<sup>57</sup> RJ 1983\2125.

<sup>58</sup> V. SSTS de 8 de noviembre de 1974 (1974/4132) y de 30 de diciembre de 1991.

<sup>59</sup> RJ 1974\4238.

### C. Incumplimiento de ambos

También hay algún supuesto en que se aprecia el cumplimiento parcial imputable a ambos contratantes como en la STS de 7 de mayo de 1993: «Ambas contratantes fueron causantes y motivadores de que el contrato no se llevare a efecto en su plenitud, sin que se haya frustrado el fin del contrato, ni se imposibilitase la terminación de la obra, pues se había realizado en parte muy importante (aproximadamente el 70% de la misma), a más de no fijarse fecha para su terminación». Si ambas partes son culpables se compensan las culpas<sup>60</sup>.

### F. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La permuta de solar por locales o pisos a construir plantea el conflicto inicial de su calificación como tal contrato de permuta. Como ya se ha expuesto, la doctrina española lo califica en general como permuta. Sin embargo, la cuestión no es nada pacífica en la jurisprudencia del TS, que ha admitido una gran variedad de calificaciones jurídicas. Al estudiar sus pronunciamientos se observa que ante supuestos similares, la jurisprudencia oscila en su interpretación del contrato y le cuesta trazar el perfil de este negocio como una figura independiente dentro del tráfico jurídico.

La determinación de la naturaleza de este contrato es una cuestión controvertida en la jurisprudencia del Alto Tribunal. La primera postura del TS ante el contrato objeto de estudio fue tratar de encasillarlo en las estructuras de los contratos típicos: ya fuera compraventa (así las SSTS de 28 de noviembre de 1973<sup>61</sup>, de 30 de junio de 1977<sup>62</sup> y de 19 de diciembre de 1988<sup>63</sup>) o permuta (así, entre muchas otras, las SSTS de 30 de noviembre de 1984, dos de 5 de diciembre de 1984<sup>64</sup>, de 5 de junio de 1987 y de 27 de marzo de 1989), o en algún caso, sociedad (STS de 26 de abril de 1988<sup>65</sup>).

Sin embargo, aunque esta tendencia de considerar típico al contrato de permuta de solar por locales o pisos a construir se prolonga en el tiempo, no es una

---

<sup>60</sup> En este sentido el TS acepta como incumplimiento por imposibilidad sobrevenida el supuesto de la sentencia de 24 de febrero de 1993, si bien afirma que «es cierto que si las recíprocas prestaciones contractuales se hubieran cumplido de inmediato no se hubieran visto afectadas por la imposibilidad sobrevenida [...] La imposibilidad sobrevenida de la prestación, por la modificación de la normativa urbanística, en la medida que pudiera atribuirse a la demora habida en la consumación del contrato sería consecuencia de incumplimientos de ambas partes, y, en consecuencia, no es pertinente el abono de indemnización alguna, salvo la reposición a la situación originaria y el abono de determinados gastos».

<sup>61</sup> RJ 1973\4340.

<sup>62</sup> RJ 1977\3497.

<sup>63</sup> RJ 1988\9476.

<sup>64</sup> RJ 1984\6031, 6033.

<sup>65</sup> RJ 1988\3279.

postura homogénea, pues ya desde la STS de 22 de mayo de 1974, el TS ha empezado a considerar esta relación jurídica de naturaleza atípica<sup>66</sup>.

Dentro de esta tendencia genérica de calificar al contrato como atípico, se han perfilado dos líneas jurisprudenciales distintas.

En la primera, el TS, aunque lo considere un contrato atípico, reconduce el contrato a las figuras contractuales con las que encuentra una mayor similitud, aplicando la teoría de la absorción, dado que se acaba identificando el contrato con el tipo contractual regulado, y aunque se añada la coletilla de «atípico» se aplican las soluciones previstas por el tipo en el que se encasilla el contrato. Las remisiones que así realiza el Alto Tribunal se refieren fundamentalmente a la permuta y a la sociedad. El TS habla de «negocio jurídico atípico encasillable en el art. 1538 del Código como contrato de permuta por la mayor aproximación a su estructura negocial» (SSTS de 12 de diciembre de 1988<sup>67</sup>, de 10 de marzo de 1990, de 18 de diciembre de 1990 y de 23 de abril de 1991<sup>68</sup> entre otras). Respecto a la sociedad, la STS de 27 de marzo de 1987<sup>69</sup>, al pronunciarse sobre la naturaleza de esta modalidad de la contratación, caracteriza el negocio como un contrato atípico y complejo y lo reconduce por vía analógica a la sociedad<sup>70</sup>.

Depurando la tendencia anterior, el TS empieza a considerar este negocio jurídico como un contrato atípico *do ut des*, no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el CC, aunque presente notas que lo aproximan a la permuta.

Esta calificación de contrato atípico *do ut des* es la que predomina actualmente en la jurisprudencia del TS. Es prácticamente unánime la calificación como contrato atípico *do ut des*, pero no siempre se reconduce a la analogía con la permuta,

---

<sup>66</sup> En dicha sentencia se afirma que «el negocio jurídico perfeccionado entre las partes es un contrato atípico que no encaja en su conjunto en ninguna de las figuras contractuales que define y regula específicamente el CC, si bien puede tener rasgos y peculiaridades que no en su totalidad, sino en parte, puedan resultar comunes o afines con alguna de aquellas figuras contractuales, pero con las que no se identifica».

<sup>67</sup> RJ 1988\9431.

<sup>68</sup> RJ 1991\3023.

<sup>69</sup> RJ 1987\1838.

<sup>70</sup> Así, manifiesta que «la atipicidad no siempre es absoluta hasta tal punto que resulta realmente extraño encontrar un negocio jurídico regulado hasta en los detalles más mínimos como, en supuesto contrario, pensar que los contratantes tienen tanta imaginación como conocimientos jurídicos suficientes para crear un contrato válido, carente de previsiones normativas absolutas [...] Es sin duda, este orden de ideas, lo que lleva a calificar el contrato de complejo y atípico cuando una de las partes aporta el solar en que la otra ha de construir un edificio para la venta futura de los diversos pisos que lo componen y a falta de una tipología específica la doctrina es proclive a asimilarlo a otros contratos normativos, como así lo hizo la sentencia de instancia, al calificar el pacto como societario (art. 1665), pero con connotaciones tan específicas y cualificadas como son las de ser irregulares y privadas en el sentido de que su operatividad era eficiente y verdadera entre ellos, manteniendo una serie de irregularidades en cuanto a terceros, [...] pero sin que ello comporte una aplicación indebida del art. 1665 del Código Sustantivo, en tanto en cuanto su referencia es meramente analógica y no normativa del contrato atípico estipulado por las partes».

incluso alguna vez se critica la configuración como permuta. Por tanto: 1) se mantiene la calificación como contrato atípico *do ut des*; 2) se admite la asimilación, que no identificación, a la permuta, aunque se acepta la existencia de otras posibilidades (prestación subordinada de obra, otras modalidades por el juego de la autonomía de la voluntad<sup>71</sup>), y 3) en algunas ocasiones se rechaza la analogía con la permuta<sup>72</sup>.

En definitiva, se trata de un contrato innominado y atípico que entra en el concepto genérico de cesión onerosa, recibándose a cambio una contraprestación.

Es evidente que esta compleja operación inmobiliaria puede articularse jurídicamente bajo fórmulas diversas, lo cual no es sino un ejemplo de que el Derecho como sistema jurídico implica siempre un abanico de posibilidades entre las que el jurista opta por la solución que considera más eficiente para cada ocasión. Sin embargo, hay que aceptar que éste es un contrato atípico y que ha de ser considerado como tal sin intentar encasillarlo en contratos legalmente tipificados. Este planteamiento se ratifica en dos sentencias. En la STS de 18 de noviembre de 1980, el TS afirma que el contrato complejo de cesión de solar por obra (y en ese caso también entrega de cantidad en concepto de precio), por reunir los requisitos del art. 1261 del CC es constitutivo de un vínculo obligatorio, con ciertas afinidades con la compraventa, querido por las partes, mediante la prestación de ciertos servicios, por uno, a realizar sobre el solar y a recibir obra y cantidad a cambio, lo que supone un vínculo jurídico perfecto, válido y eficaz en cuanto genera recíprocos derechos y obligaciones, que, en definitiva, liga a las partes en los propios términos en que se haya concebido. Es esencial la idea que recoge el TS: el contrato es perfectamente válido y eficaz por reunir los requisitos que exige el art. 1261 del CC, y entre éstos

---

<sup>71</sup> De este modo, la STS de 24 de noviembre de 1993 manifiesta que «el contrato formalizado tiene por objeto, en síntesis, conceder (al demandado) el derecho a construir sobre un solar propiedad de los actores, debiendo quedar terminado el edificio en el plazo de tres años adquiriendo los cedentes las plantas y viviendas que se especifican, o sea que su calificación correcta no es otra que la de un contrato atípico *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el CC, aunque pueda asimilarse a la permuta con prestación subordinada de obra, subsumible por analogía en el art. 1538». Más abierta es la concepción que acoge la STS de 7 de mayo de 1993 según la cual «no puede olvidarse que la Audiencia calificó el contrato de innominado, y que no es obligatorio, que encaje exactamente en las figuras contractuales legalmente instituidas, ni en las modeladas o definidas por la doctrina, de forma que esta Sala viene calificando el contrato de entrega de solar a cambio de piso a edificar en él, de atípico *do ut des*, con analogías con la permuta de solar por cosa futura, pero en el que puede incluirse cualquier modalidad lícita, en virtud de los principios *pacta sunt servanda* (art. 1091), dentro de los límites de la autonomía de la voluntad marcados por los arts. 1255 y 1258, que es lo que ocurre en este caso, en el que uno pone el solar, otro su trabajo y ambos el dinero para sufragar la mitad de los gastos».

<sup>72</sup> Como ocurre en la STS de 30 de septiembre de 1993, en la que el TS afirma que «el contrato original de aportación de solar a cambio de vivienda a construir y que los recurridos sostuvieron tenazmente como expresivo de permuta, no responde fielmente a esta figura jurídica, pues no tiene el encaje legal preciso que el art. 1446 del CC contempla. La doctrina de esta Sala se ha inclinado por reputarlo de naturaleza propiamente atípica *do ut des*, al tratarse de prestación de cosa futura que se corresponde con otra presente, sin perjuicio de su posible encuadramiento como permuta en los casos que así lo determinen».





no está la exigencia de tipicidad, ni se deduce ésta de ninguna otra norma aplicable (sino todo lo contrario a tenor de los arts. 1255 y 1258 del CC): «Se trata de un contrato atípico y complejo con el contenido que determina y describe [...] que encaja en el precepto básico y general del art. 1261 CC para indicar que concurren todos los presupuestos normativos condicionantes de la validez y eficacia de todo contrato y concluir que el que cumple esos requisitos, obtiene su fuerza de obligar de los propios términos en que se haya concebido, en tanto en cuanto que su contenido estipulatorio se basta para acordar el cumplimiento recíproco de las pretensiones previstas, es decir, identificación del objeto o finca cedida y constancia precisa de la contraprestación: metálico y parte de obra hecha».

Por su parte, la STS de 7 de mayo de 1993 completa esta idea, al mantener que una vez calificado el contrato de innominado «no puede olvidarse [...] que no es obligatorio que encaje exactamente en las figuras contractuales legalmente instituidas, ni en las modeladas o definidas por la doctrina, de forma que esta Sala viene calificando el contrato de entrega de solar a cambio de piso a edificar en él de atípico *do ut des*, con analogías con la permuta de solar por cosa futura, pero en el que puede incluirse cualquier modalidad lícita, en virtud de los principios *pacta sunt servanda* (art. 1091), dentro de los límites de la autonomía de la voluntad marcados por los arts. 1255 y 1253, que es lo que ocurre en este caso, en el que uno pone el solar y otro su trabajo».

La STS de 18 de noviembre de 1980 considera que el contrato de cesión de solar contiene afinidades con la compraventa; en cambio la STS de 7 de mayo de 1993 observa analogías con la permuta de cosa futura, pero en el fondo, la cesión de solar por parte de la obra realizada es un contrato atípico y diferente de cualquier otro, ya sea permuta, compraventa, sociedad, etc., aunque puedan existir similitudes con contratos típicos, que en algún caso puedan ayudar a encontrar la regulación aplicable a este contrato. Pero a pesar de esas analogías esta operación no es una compraventa, ni una permuta, tal como lo manifiesta la STS de 12 de abril de 1993, porque si así fuera «se produciría un desequilibrio manifiesto entre el que ahora entrega el solar y el que ha de entregar los locales» en un momento posterior.

#### IV. CONCLUSIONES

Al estudiar el contrato de permuta se constata, desde un primer momento, la idea de que se trata de una figura de uso poco habitual en su forma más básica de trueque (de cambio de una cosa por otra), lo cual parece lógico, pues esto es lo propio de economías básicas, escasamente avanzadas o, incluso, de economías que soportan un grave conflicto bélico. No obstante, como advierte García Cantero<sup>73</sup>, de esto no puede colegirse que se trate de un contrato típico dejado totalmente en el olvido, dado el gran empuje que ha tenido en el ámbito inmobiliario.

---

<sup>73</sup> GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 772.

La realidad es que hoy se puede decir que este contrato ha renacido de las cenizas del abandono para convertirse en un instrumento básico en la construcción inmobiliaria y de incuestionable actualidad. Muestra de ello son las numerosas resoluciones judiciales recaídas sobre la materia en los últimos tiempos.

A la luz de este auge experimentado a partir de las últimas décadas del siglo pasado, llama la atención la escasa regulación<sup>74</sup> que, no sólo en el CC, sino en todo el ordenamiento jurídico se hace del contrato de permuta, salvo la excepción de la Ley 23/2001 en el ámbito de Cataluña. Pese a ello, buena parte de la regulación de la permuta queda cubierta con los preceptos de la compraventa, al remitir expresamente a éstos el art. 1541 (no siendo esta técnica exclusiva de nuestro CC, sino también del vecino *Code francés* y del Código Civil italiano).

Sin embargo, ni esta remisión, ni los preceptos del CC son suficientes, y ello conlleva que en la práctica, al surgir controversias entre los contratos y acudir a los Tribunales, éstos desarrollen líneas o corrientes jurisprudenciales, que, como se ha podido constatar, resultan muchas veces dispares y crean un escenario de cierta confusión, pues ante supuestos de hecho similares, la calificación dada al negocio jurídico en cuestión varía de unos casos a otros. Del mismo modo, la doctrina civilista más autorizada, ante algunas de las vicisitudes del contrato de permuta de solar por pisos o locales a construir, parece no alcanzar un acuerdo sobre las posibles soluciones.

De *lege ferenda*, se propone la regulación de esta institución de una manera más específica y perfilada, lo cual se convierte en una necesidad imperiosa en lo que respecta a la permuta de solar por pisos o locales a construir, dado su enorme auge. De esta manera, se pondría fin a las referidas lagunas que propician un panorama de inseguridad jurídica, tal y como se pone de manifiesto en la jurisprudencia del TS y de las AAPP. Se propone, por tanto, introducir en el CC, junto a los artículos ya existentes en el Título V del Libro IV, o bien, en una nueva ley especial, otros preceptos destinados a la regulación de la permuta de solar por piso o local a construir. No es cuestión pacífica la calificación de este tipo contractual como permuta, pero, como ya se ha expuesto, si puede hablarse de ventas especiales, del mismo modo, podría sostenerse que se está ante un tipo especial de permuta, justificando la necesidad de tal regulación en la habitualidad de esta práctica.

Es necesario establecer, por tanto, un régimen concreto para los supuestos de incumplimiento (tal y como lleva a cabo la Ley catalana 23/2001<sup>75</sup>) que regule

---

<sup>74</sup> Realmente se cuenta con poco más de tres artículos, puesto que la regulación que en su día se introdujo en el art. 13 del RH fue, en su mayoría, declarada nula de pleno derecho por el TS en la S de de 31 de enero de 2001 (RJ 2001/1083) por «alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el modo para la adquisición de la propiedad».

<sup>75</sup> La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura en Cataluña dedica la mayor parte de su contenido (arts. 3.4, 6, 7 y 8) a las facultades resolutorias del cedente. Como novedad, se contempla la resolución cautelar a instancia del cedente, después de un requerimiento fehaciente, en los casos en que la licencia de obras no se ajuste a los pactos acordados, si la cesión fue previa a su obtención; o cuando las obras no se hayan



sus consecuencias y establezca un sistema tendente a proteger al propietario del solar, sobre todo cuando éste sea un particular, un consumidor, al encontrarse en desventaja frente al constructor. En casos de incumplimiento de éste, el particular puede verse privado, no ya de la adquisición de los pisos o locales pactados, sino de la recuperación de su prestación inicial, de la propiedad del solar. Éste es el gran riesgo que la referida modalidad contractual conlleva para el dueño del solar y el punto en el que, en mi opinión, debe el legislador poner especial atención.

Sin duda, el régimen jurídico vigente para esta institución ha quedado en la actualidad desfasado y superado, dado que en el momento de su elaboración ni se sospechaba que el contrato fuese a tener esta trascendental incidencia práctica en el ámbito inmobiliario.



---

iniciado en el término pactado por causa que no le sea imputable al cedente. En última instancia la finalidad de la norma es permitir que el cedente recupere la finca cuando hay riesgo fundado de incumplimiento, antes de que se inicien materialmente las obras. Resuelto el contrato el cedente recupera la propiedad de lo que había cedido y hace suya, por accesión, la obra realizada. Asimismo debe el cedente resarcir a la persona cesionaria y si procede a los terceros.