

Extensión de la «condición resolutoria explícita» en la contratación inmobiliaria

*Al meu amic Josep María de Porcioles, ànima
i artífex de la Reforma de 1944-1946; ja
a la Glòria, vertical de Barcelona. En record
de les nostres converses hipotecàries a casa seva,
a Vilassar.*

SUMARIO: 1. LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO EN EL CODIGO CIVIL: A) LA RESOLUCIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 1.124 CC: a) *Facultad, no condición*. b) *Moderación judicial*. c) *Indemnidad de los terceros*. B) LA CLÁUSULA RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1.504 CC. 2. LA «CONDICION RESOLUTORIA» EN LA LEGISLACION HIPOTECARIA: A) LA PRIMITIVA LEY HIPOTECARIA. B) LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE: a) *Ineficacia frente a tercero del simple aplazamiento*. b) *Posibilidad de efectos reales*. C) EL REGLAMENTO HIPOTECARIO: a) *El defectuoso desarrollo legal*. b) *Inaplicabilidad del Reglamento*. 3. LA «CONDICION» EN CONTRATOS DISTINTOS DE LA COMPRAVENTA: A) CONTRATOS EN QUE MEDIA PRECIO: a) *Adjudicación en pago*. b) *Constitución de derechos reales*. c) *Renta vitalicia*. B) CONTRATOS EN QUE NO MEDIA PRECIO EN DINERO: a) *Entre partes*. b) *Frente a terceros*. C) CASOS DE CONTRATOS SIN PRECIO EN DINERO: a) *Cesión por alimentos*. b) *Permuta*. c) *Transmisión de solar a cambio de departamentos*. 4. LA «CONDICION» EN OBLIGACIONES DISTINTAS DEL PAGO DEL PRECIO: A) MODERNO CRITERIO EXTENSIVO. B) LÍMITES: a) *El límite de la libertad del tráfico y de las prohibiciones de disponer*. b) *La relación de la causa*. C) EN ESPECIAL, LOS INTERESES DEL PRECIO.

1. LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO EN EL CODIGO CIVIL

A) LA RESOLUCIÓN GENERAL DEL ART. 1.124 CC

La resolución como consecuencia del incumplimiento se prevé en el artículo 1.124 CC, con carácter general para todas las obligaciones recíprocas y, por tanto, también para la compraventa; he aquí sus dos primeros párrafos: *La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*

El precepto es perfectamente aplicable a la compraventa de inmuebles; pero, a los efectos de esa posterior aplicación, y de su comparación con el artículo 1.504 CC, interesa ahora destacar:

a) *Facultad, no condición*

Se trata de una facultad del perjudicado (*la facultad de resolver ...; el perjudicado podrá escoger ...*), y no de una propia condición; si se tratase de una condición, su concurrencia, o sea, la falta de cumplimiento, provocaría automáticamente la resolución de la obligación, que podría ser alegada por ambas partes; con lo que el obligado podría optar por cumplir y dejar perfecto el contrato o la obligación, o por incumplir y acogerse a la resolución legal; y el obligado que puede optar por cumplir o por no cumplir no es en realidad «obligado». Resulta claro, en el precepto y en su interpretación doctrinal, que el acreedor burlado es el único que puede optar por la resolución; sin embargo, se ha generalizado para la figura del artículo 1.124 CC la incorrecta expresión «condición resolutoria tácita», cuando debiera hablarse de «facultad resolutoria» o tal vez, y ese es ya otro problema, «facultad rescisoria».

b) *Moderación judicial*

La opción del acreedor por la resolución no la provoca automáticamente, sino que los Tribunales pueden moderarla con la concesión de plazo; dice el artículo 1.124.3 CC que *el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.*

c) *Indemnidad de los terceros*

La acción resolutoria produce efecto entre las partes, pero no frente a terceros de buena fe; concluye el artículo 1.124.4 CC que *esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria*:

1. Devolución de las cosas.—La referencia al artículo 1.295 CC, partiendo de que *la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses*, salva de esa obligación de devolver el caso de que *las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe*; estas personas quedan indemnes de la acción, y el acreedor perjudicado sólo puede reclamar *la indemnización de perjuicios al causante de la lesión*.

2. El tercero cómplice.—El artículo 1.298 CC establece la responsabilidad, en la devolución de las cosas, o en la indemnización de daños a quien *hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores*.

3. La Ley Hipotecaria.—El artículo 1.124 salva, en cuanto a efectos frente a tercero de la resolución por incumplimiento, *las disposiciones de la Ley Hipotecaria*; por respeto a un régimen hipotecario que ya tenía dieciséis años de vigencia y, tal vez, por temor a lo vidrioso del tema en las interpretaciones de la Ley; después se tratarán estos problemas. Ahora interesa anticipar que la salvedad de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria conduce, en la actualidad y en materia de inmuebles, a unas reglas generales similares a las del artículo 1.124 CC:

- En el artículo 34 LH, la protección del tercero que adquiere de buena fe, a título oneroso, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir, y que inscriba el derecho adquirido. Esa protección consiste en que el tercero es *mantenido en su adquisición [...] aunque después se anule o resuelva el [derecho] del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro*.
- En el artículo 37 LH, por una parte, la ineficacia de *las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias* frente al tercero que haya inscrito; y, por otra, la afección del tercero que hubiese adquirido a título gratuito o que hubiese sido cómplice en el fraude; y añade un inciso sumamente importante para la compraventa de inmuebles: *El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude*.

Pero en el ámbito hipotecario se da un paso más y se permite que se pueda informar al tercero del peligro de resolución y, así, terminar con su

ignorancia y su indemnidad; para ello no hay más que hacer constar en el Registro que el incumplimiento es causa de resolución (v. arts. 11 y 34 LH), proporcionando, por tanto, al tercero una información más explícita que *el simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio* (v. art. 37 LH). De donde resulta que es el art. 1.124 CC el que está invitando a una regulación hipotecaria de la que, por oposición a la «tácita», se conoce como «condición resolutoria explícita»; y no el 1.504 CC, cuyo limitado alcance se tratará a continuación.

B) LA CLÁUSULA RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1.504 CC

Dice el artículo 1.504 CC que *en la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.*

Sobre este precepto se ha hecho recaer el mérito de ser el introductor de la «condición resolutoria explícita»; y sorprende la unanimidad de la doctrina en esa apreciación, porque el mérito es inexistente; la teoría de una condición resolutoria basada en este artículo no resiste un mero análisis gramatical. En efecto, toda la referencia a un pacto de resolución por impago del precio no es sino un inciso explicativo que, lejos de regular los efectos de ese pacto, lo que viene a hacer es negarlos: *en la venta de bienes inmuebles [...] el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término; y podrá pagar aun cuando se hubiera estipulado* la «condición resolutoria». Conviene recordar que en el Derecho romano, mediando el pacto resolutorio, la resolución por falta de pago era automática o *ipso iure*; y lo mismo ocurría en las Partidas (V, tít. 5.º, ley 38), si bien, en éstas, era el vendedor el que, llegado el incumplimiento, podía optar por el cumplimiento forzoso o por la resolución.

1. Finalidad del artículo 1.504 CC.—Si se analiza el artículo 1.504 CC a la vista de estas premisas, puede adelantarse por ahora que no regula una resolución por impago; la opción del vendedor por el cobro o por la resolución ya se deducía del artículo 1.124 CC; lo que trata es de modalizar la aplicación de esa «condición resolutoria tácita» a la compraventa de inmuebles, en un doble sentido:

- Mientras el vendedor no opte por el cumplimiento o por la resolución, el comprador puede pagar; en el artículo 1.124 CC no está clara la posibilidad de cumplimiento tardío. Se niega así el automa-

tismo romano y se perfecciona la ley de Partidas precisando que esa opción puede ser notarial o judicial. Con esta interpretación se comprende fácilmente cómo el Código ha llamado «requerimiento» a lo que no es sino notificación al comprador de la voluntad de resolver (v. § 0.0).

- Cuando el vendedor opta, el Juez ya no puede conceder nuevo término, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones recíprocas en general según el artículo 1.124 CC.

2. Consecuencias del pacto explícito.—Todo este mecanismo resolutorio (que procede —**debe recordarse**— del art. 1.124 CC y no del inciso del art. 1.504 CC) tiene lugar en cualquier caso, *aun cuando se hubiera estipulado* la resolución automática, es decir, se haya estipulado o no. Cabe, pues, preguntar qué diferencia hay entre la compraventa en la que se ha estipulado la resolución por impago y aquella en que no se ha hecho; esa diferencia no se encontrará tampoco en el artículo 1.504 CC, sino, de nuevo, en el artículo 1.124 CC y, de su mano, en la Ley Hipotecaria; ya quedó apuntada: el pacto explícito permite llevar al Registro de la Propiedad una causa de resolución que advierta del peligro al tercer adquirente y lo vincule con los efectos de la resolución en el mismo sentido en que «vinculan» a cualquier tercero los derechos reales.

2. LA «CONDICION RESOLUTORIA» EN LA LEGISLACION HIPOTECARIA

A) LA PRIMITIVA LEY HIPOTECARIA

1. Los textos sobre la resolución por impago.—La Ley Hipotecaria de 1861 (1) cuidó con detalle la constancia registral del aplazamiento de pago del precio:

- Art. 10 LH 1861: «En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio ó entrega de metálico, se hará mención del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho ó convenido el pago».

Es, con ligeras variantes gramaticales, lo mismo que dice ahora; pero entonces la exigencia estaba reforzada por la de un precepto sin equivalente actual:

(1) En los preceptos que se transcriben de la Ley Hipotecaria de 1861 se respeta el texto oficial, con la ortografía de la época.

- Art. 11 LH 1861: «Si la **inscripcion** fuere de traslación de dominio, espresará si esta se ha verificado pagando el precio de contado ó á plazo: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio o qué parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago».

La constancia era mucho más importante que ahora, porque antes de la Ley Hipotecaria existía una hipoteca legal tácita en favor del vendedor por razón del precio aplazado; pero lo verdaderamente importante era fijar si subsistía o no aquella hipoteca legal; la regla general era contraria a esta clase de hipotecas y —en lo que ahora **interesa**— a los efectos frente a terceros de acciones ocultas no reflejadas en el Registro:

- Art. 36 LH 1861: «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta Ley».

Pero, entre las excepciones a esa regla, se recogía, precisamente, la acción de resolución por impago:

- Art. 37 LH 1861: «Se esceptuan de la regla contenida en el artículo anterior [...] las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten esplicitamente en el Registro».

También como ahora; pero se añadía una excepción más que fue la piedra angular en el tratamiento de la resolución por impago hasta la reforma de 1944-46:

- Art. 38 LH 1861: «En consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, [...] por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la **inscripcion** haberse aplazado el pago».

2. Interpretación doctrinal y **jurisprudencial**.—Del artículo 38 LH 1861 se deducía que si consta en la inscripción haberse aplazado el pago, podrá rescindirse el contrato en perjuicio de terceros registrales; pero es que, como se ha visto, por exigencia de los artículos 10 y 11 LH 1861, siempre había de constar el aplazamiento, con lo que la resolución se daba siempre en perjuicio de tercero; algunos autores protestaron contra este resultado (2), contra-

(2) Especialmente convincente es la crítica de ROCA SASTRE —*Derecho Hipotecario*, II, págs. 780 y sigs.— cuando dice que «la Ley oficiosamente se aprestaba a defender a quien no tuvo la precaución de asegurar sus derechos mediante la estipula-

rio a los principios que se trataba de establecer en la Ley; pero habían de rendirse a la evidencia, ante la claridad del artículo 38 LH 1861.

También la Dirección reconoció los efectos reales del simple aplazamiento del precio:

- La R. 17-1-1933 admitía claramente los efectos frente a tercero de la acción resolutoria, aun apelando a un extraño (entonces) acuerdo de los interesados o resolución judicial (3).
- La R. 3-2-1894 dice que la constancia del precio aplazado se exige por la Ley precisamente por el interés que encierra frente a tercero (4).
- Y la R. 30-4-1958, varios años después de la reforma de 1944, vuelve a insistir en la misma interpretación en un supuesto de derecho transitorio, de compraventa celebrada bajo la legislación anterior, con lo que viene a indicar que el régimen de 1944 no fue una interpretación distinta del régimen anterior, sino una verdadera modificación (5).

ción de un pacto comisorio o de una hipoteca de garantía [...] y así resulta que terceros adquirentes que son protegidos en el sector extrarregistral, no pueden serlo en el hipotecario, gracias a estas constataciones tabulares, verdaderas escorias registrables que ensombrecen la nitidez de los asientos del Registro, sembrando la confusión en los libros, y que pueden constituir verdaderas trampas para incautos...».

Todo esto es cierto; pero la postura del vendedor indolente también tenía cierta lógica; podía preguntarse por qué había de pactar expresamente algo que ya decía la ley, art. 1.124 CC y art. 38 LH.

(3) La R. 17-01-1933 dice que en el caso de que «se pacte expresamente que la falta de pago del precio aplazado produzca de pleno derecho la resolución de la venta [...] el pacto resolutorio ocasiona una acción que alcanza a todo tercero, por constar claramente en el Registro, y a tenor de lo establecido en la causa segunda del artículo 38 LH, pudiendo producirse como consecuencia una nueva inscripción a favor del vendedor o de sus causahabientes, sin más requisitos que el requerimiento judicial o notarial hecho al comprador, según dispone el artículo 97 RH»; en cambio, en el supuesto de que «se consigne tan sólo el precio que se aplazó, sin añadir la garantía hipotecaria ni el pacto resolutorio de pleno derecho [...] la acción para optar entre el cumplimiento del contrato, reclamando el pago del precio aplazado o solicitar la resolución de la venta, nacida del artículo 1.124 del Código Civil, si bien eficaz contra tercero, en cuanto a los efectos resolutorios, ha de quedar subordinada siempre al acuerdo de los interesados o a la decisión de los Tribunales en su defecto.

(4) La R. 3-2-1894 exige la distribución del precio entre las varias fincas vendidas, porque «siendo varias las fincas enajenadas, y quedando el precio aplazado, está pendiente sobre todas ellas una condición resolutoria, según declara el artículo 1.124 CC, de donde deriva la exigencia del artículo 11 LH, de que en la inscripción de la compra por precio aplazado consten la forma y plazos en que se haya estipulado el pago [...], lo que el artículo 11 LH preceptúa como consecuencia forzosa del interés que encierra para tercero el conocer si aquél fue satisfecho o quedó aplazado, y en este caso la forma y plazos del pago».

(5) La R. 30-4-1958, sobre una compraventa anterior a la reforma de 1944, sostiene los efectos frente terceros de la constancia registral del mero aplazamiento de pago,

3. Inmovilidad posterior.—El sistema, pese a críticas e inconvenientes, se mantuvo sin variaciones en la Ley Hipotecaria de 1869 y en la de 1909; la hipoteca legal tácita (o semiexpresa, como se ha visto) en favor del vendedor no desaparece hasta la reforma de 1944-1946 (6).

B) LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE

Para el Código Civil, los efectos del impago eran los mismos con cláusula resolutoria o sin ella; sólo el artículo 1.124 CC, al remitirse a la legislación hipotecaria, permite a ésta introducir la diferencia —casi la invita a **hacerlo**—. Y ésta lo hace, en el texto vigente, a partir de la reforma de 1944-1946, a través de dos pilares fundamentales:

a) *Ineficacia frente a tercero del simple aplazamiento*

Esa regla general, mera trasposición del sistema del Código (recuérdese el *esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes*, del art. 1.124 CC) se establece en el artículo 11 LH: *La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero [...]*.

Lo que contrasta, precisamente, con ese *artículo anterior*; porque el artículo 10 LH dice que *en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago; y si el posible aplazamiento no produce efectos en perjuicio de tercero, no se explica el empeño de la Ley en que se recoja en la inscripción* (7).

porque está «extendido el asiento que se pretende cancelar durante la vigencia de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, que establecía la anulación o rescisión en perjuicio de tercero aunque hubiese inscrito su derecho, si constaba en la inscripción no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, precepto modificado por la Ley actual...». Esta postura de la Dirección era necesaria para no defraudar las legítimas expectativas de garantía de los vendedores que, antes de la reforma de 1944, no se preocuparon de pactar garantías especiales, porque contaban con la declaración protectora del artículo 38 LH 1861.

(6) La vieja hipoteca legal en favor del vendedor subsiste aún, a través de un sistema similar al de la Ley Hipotecaria de 1861, en la venta de buque, según los artículos 18 y 19 de la Ley de Hipoteca Naval de 21-8-1893.

(7) A mayor abundamiento, el artículo 58 RH regula la constancia registral del pago del precio, y parece excesivo dedicar dos artículos, uno para la inscripción y otro para la «cancelación», a algo que no produce efectos reales; la jurisprudencia registral también ha sido rigurosa en la constatación del aplazamiento de pago no garantizado y en su estéril salvaguarda registral: la R. 24-7-1991 consideró que el reflejo registral del

El artículo 51.7 RH, con buen criterio, elimina la constancia registral del aplazamiento no garantizado del «arrastre de cargas» en los asientos posteriores (8). Y debiera ser eliminada también en la inscripción de la compraventa:

- Por innecesaria, en el mejor de los casos, porque no tiene más finalidad que la de informar a terceros de algo que no les importa.
- Por perturbadora, porque puede inducir al tercero lego en Derecho a la falsa idea de que la finca está afecta al pago de ese precio; y a los no tan legos, pues son muchas las entidades bancarias que piden la «cancelación» del aplazamiento antes de aceptar la finca en garantía de sus operaciones; para evitar estos inconvenientes prácticos, los titulares registrales se preocupan de «limpiar» el Registro de estas referencias de aplazamientos; de manera que la referencia registral, mientras subsiste, es una mancha, ineficaz pero incómoda, que funciona en la práctica como una «garantía por estética».
- Porque, en el extremo opuesto de desorientación a terceros, puede sugerir la falsa apariencia de un crédito inscrito que es embargable por los acreedores del vendedor; desde luego, el derecho del vendedor al cobro del precio es embargable; pero lo es según las normas generales del embargo de créditos, y no por las de la Ley Hipotecaria; el Registro de la Propiedad no puede inscribir ese embargo por la razón de que el derecho de cobro no es un derecho real inscrito, sino una mera circunstancia de la inscripción de compraventa.

Pero tal vez esa eliminación de los aplazamientos de precio no asegurados especialmente estaba en el ánimo del legislador de 1944; porque el art. 10 LH dice, como en 1861, que se hará constar *la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago*; pero en 1861 había que interpretar esa exigencia a la luz del art. 11 LH 1861, que, para el precio aplazado, exigía entonces que constara «la forma y plazos en que se haya estipulado el pago»; hoy, el artículo 10 LH debe interpretarse más bien con la clave de que ha desaparecido esa exigencia del antiguo artículo 11 LH, por lo que no

aplazamiento de pago del precio en la compraventa es una exigencia del artículo 10 LH y no puede entenderse como una mención cancelable a instancia de cualquier interesado, sino que, para extender la nota a que se refiere el artículo 58 RH habrá de estarse a las reglas generales, o sea, se requerirá consentimiento del vendedor o resolución judicial.

(8) El artículo 51.7 RH, referente a las circunstancias de la inscripción, dice que *las cargas y limitaciones de la finca o derecho que se inscriba se expresarán indicando brevemente las que consten inscritas o anotadas con referencia al asiento donde aparezcan. En ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley ni los aplazamientos de precio no asegurados especialmente.*

parece necesaria la especificación y detalle de los plazos y fechas y cuantía de cada uno; el artículo 10 LH podría cumplirse diciendo que la venta se hace «por ... pesetas, confesadas recibidas», «por ... pesetas, aplazadas sin garantía», o «por ... pesetas, de las que ... se aplazan sin garantía»; fórmulas como éstas facilitarían la redacción y no confundirían a terceros, que son los verdaderos destinatarios del Registro de la Propiedad (9).

b) *Posibilidad de efectos reales*

El artículo 11 LH, tras establecer esa ineficacia frente a tercero del simple aplazamiento del precio, añade: *a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita*. De manera que, aparte de la hipoteca (v. \$ 0.0), que puede garantizar ésta o cualquier otra obligación (art. 105 LH), la forma de hacer eficaz frente a tercero el derecho al cobro del precio en la compraventa es la condición resolutoria explícita, o sea, el pacto al que se refiere incidentalmente el art. 1.504 CC, consistente en estipular *que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato*; obsérvese que no se exige intención, ni siquiera conciencia, de dar al pacto carácter real; ese carácter se lo da directamente la Ley:

- Si las partes omiten toda referencia a la resolución, existirá una facultad de resolver no oponible a tercero.
- Si pactan expresamente esa facultad, y ese pacto se inscribe, podrá oponerse a cualquier adquirente de la finca o de derechos reales sobre ella.

c) EL REGLAMENTO HIPOTECARIO

a) *El defectuoso desarrollo legal*

Reconocidos por la Ley los efectos reales del pacto comisorio, el Reglamento se dirige a regular la ejecución registral de la resolución:

- En esa tarea se deja ofuscar por las palabras del artículo 1.504 CC, *por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato*.

(9) Los Registradores de la Propiedad **que** no acepten esta opinión y se crean obligados a una transcripción más amplia de las condiciones de pago, pueden tranquilizar a los terceros añadiendo a las cláusulas correspondientes una observación propia: «No se pacta garantía alguna de carácter real», «aplazamiento sin efectos frente a tercero» u otra similar.

- Olvida que, según el artículo 1.124 CC, *el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución y, tras la elección, el Tribunal decretará la resolución.*
- E interpreta que es el propio vendedor el que decide erigiéndose en Juez y parte.
- El resultado es el artículo 59 RH: *Si en la venta de bienes inmuebles o derechos reales se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato, será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta y se acompañe el título de vendedor.* De manera que parece bastar la notificación del vendedor de que opta por la resolución, para la nueva inscripción de la finca a su favor.
- Y frente a tercero, todavía es más drástico el sistema reglamentario; dice el artículo 175.6 que *si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación* (se refiere al documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y a la consignación de el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto); es decir, que la cancelación del derecho de los terceros no requiere, no ya su consentimiento, sino ni siquiera su conocimiento.

b) *Inaplicabilidad del Reglamento*

La doctrina, que siguió una línea conceptual similar a la del Reglamento, creyó en la técnica de éste; y la práctica ha llegado a aplicarlo en alguna época. Pero hoy día, y desde la óptica actual, debe concluirse que el precepto no es afortunado; la técnica del artículo 59 RH resulta inaplicable:

1. Por contraria a la ley.—Como contraria a la ley, a la recta interpretación de los textos del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, según lo que anteriormente se sostenía: el vendedor opta por la resolución, el Juez la decreta.

2. Por contraria a la Constitución.—Si no se estuviese de acuerdo con aquella interpretación, el artículo 59 RH es también inaplicable como contrario al artículo 24.1 Const., cuando proclama que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el*

ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Ante el texto constitucional no resulta mínimamente defendible que el vendedor pueda decidir por sí que el comprador no ha pagado y cancelar la inscripción de éste sin su consentimiento; podría pensarse que el juicio que ha de hacerse es sencillo: se pagó o no se pagó, sin más; pero la resolución supone también un juicio sobre si el vendedor incurrió en *mora accipiendi*, si había cumplido sus propias obligaciones, si el comprador tenía derecho a suspender el pago, y, además de todo esto, el comprador ha de tener un momento procesal oportuno para oponer la excepción de pago, condonación, compensación o novación, y debe resolverse sobre la devolución de la parte de precio que el vendedor había cobrado ya.

3. Inaplicabilidad también frente a *tercero*.—Y, si el artículo 59 RH y su resolución automática resultan imposibles frente al comprador, cabría añadir que con mayor razón son inaplicables frente a terceros, posteriores titulares de la finca o de derechos reales sobre ella, a los que no se puede abandonar a la indefensión ante una resolución de la que no han sido parte:

- A esos titulares de cargas y derechos reales posteriores a la compraventa también debe concedérseles la facultad de acudir al amparo judicial y de oponerse a la resolución; ésta incluso ha podido ser fingida o pactada fraudulentamente entre el vendedor y el comprador, en perjuicio de los terceros. De manera que el vendedor que pretenda la cancelación de derechos posteriores a la venta, si no obtiene el consentimiento de sus titulares, deberá demandarlos; dice el artículo 83.3 LH que *si constituida la inscripción o anotación por escritura pública, procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario*; si en los procedimientos de ejecución hipotecaria, el tercer poseedor de la finca es requerido de pago (v. art. 131.3.3 LH), y los titulares de otras cargas y derechos posteriores a la hipoteca son notificados para que puedan pagar y subrogarse en los derechos del actor (v. art. 131.5 LH), en el ejercicio de la condición resolutoria debe dárseles iguales oportunidades, aunque falte un precepto específico en tal sentido, porque aquellas notificaciones y posibilidad de intervenir no deben verse como meros trámites procesales, que pueden existir en un procedimiento y no en otro, sino manifestaciones del principio de amparo judicial del artículo 24 Const.
- Y los terceros, ante la demanda, podrán alegar simulación, incongruencia entre la resolución y los términos registralmente constatados para ella, falta de consignación. Incluso puede defenderse que los terceros pueden pagar para evitar la resolución, aunque el

propio comprador ya no pueda hacerlo por haber mediado el requerimiento del artículo 1.504 CC; pero es que el vendedor, frente al comprador moroso, está resolviendo un contrato en virtud de una facultad resolutoria pactada, mientras que, frente al tercero, está ejercitando un derecho real cuyo contenido registral encierra la alternativa de cobro o resolución; ese derecho real no puede oponerse al tercero por uno sólo de los dos términos; la concreta y detallada oposición de la «condición resolutoria» al tercero excede ya de las posibilidades de este trabajo.

3. LA «CONDICION» EN CONTRATOS DISTINTOS DE LA COMPRAVENTA

Ya se ha visto cómo la *facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas* (art. 1.124 CC), es decir, en todas las recíprocas o bilaterales y, por tanto, en todos los contratos; y, siendo así, poco importa que la condición resolutoria sea tácita o explícita; si la ley establece esa facultad para todos los contratos, ha de ser lícito que los contratantes eleven esa previsión legal a la condición de pacto e introduzcan en sus contratos la cláusula resolutoria. El problema es si, tratándose de inmuebles, esa condición resolutoria podrá tener en cualquier contrato los mismos efectos reales que el artículo 11 LH predica para la compraventa.

La doctrina, tal vez por suponer que la fuente de la condición resolutoria explícita era el artículo 1.504 CC, había sostenido que sólo era aplicable en la compraventa y, tal vez, por su asimilación a la compraventa, a la permuta (en cuanto a las diferencias en metálico) y a la adjudicación en pago (por equivaler en el fondo a una compraventa); esa es la respuesta que da también el mismo artículo 11 LH cuando dice que el efecto en perjuicio de tercero de la condición resolutoria explícita *se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie*.

Pero esa posición no es hoy fácilmente aceptable ni comprensible:

- Por una parte, la aplicación a la permuta, pese a su aceptación legal, está plagada de dificultades.
- Por otra, la facultad resolutoria, tácita o explícita, deriva del artículo 1.124 CC, y de éste no surge ninguna limitación en cuanto a las obligaciones recíprocas a las que se refiere; antes, bien, *esa facultad de resolver las obligaciones* se extiende a la compraventa y cualquier otro contrato bilateral.
- Finalmente, la remisión del artículo 1.124 CC a la legislación hipo-

tecara en cuanto a los efectos frente a tercero en materia de inmuebles tampoco desautoriza la extensión a otros contratos ni a otras obligaciones; porque, como se ha visto, el artículo 11 LH, al referirse a la compraventa, trata únicamente el supuesto que había planteado dudas con anterioridad a 1944, es decir, los efectos frente a terceros de la constancia registral del aplazamiento del precio; pero el régimen general no puede buscarse en ese artículo 11 LH, sino en el artículo 37 LH, cuando admite, también con carácter general, los efectos frente a tercero de *las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro*, invitando así, desde antes de la reforma de 1944-1946, a que se dé efectos reales a esas acciones mediante su constancia explícita.

Por estas razones, el problema debe ser replanteado; puede distinguirse para ello entre los contratos en que media, o puede mediar, precio y aquellos otros en que no:

A) CONTRATOS EN QUE MEDIA PRECIO

No ofrece graves dificultades la aplicación de la resolución por incumplimiento, y sus efectos frente a terceros, en todos los contratos en que media un precio a cambio de la transmisión de la propiedad de una cosa o de la titularidad de un derecho; además de la compraventa, pueden contemplarse:

a) *Adjudicación en pago*

La aplicación de la «condición resolutoria explícita» es indudable, puesto que la transmisión de una cosa en pago de una deuda es en realidad una compraventa en que el precio está representado por esa deuda que se extingue anticipadamente; podría decirse que es una compraventa con precio pagado de antemano. Lo que ocurre es que si el precio está ya pagado puede preguntarse qué es lo que garantiza la «condición resolutoria explícita»; el artículo 11 LH da una respuesta, tal vez apresurada: *cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia*; de manera que parece que la «condición» puede garantizar diferencias en favor de cualquiera de las dos partes o, incluso, de ambas a la vez; esto no es exactamente así:

1. Resolución por el transmitente.—Si el adjudicatario (adquirente equivalente al comprador) tiene que pagar algo, además de la extinción de

su crédito, y no lo paga, el transmitente podrá resolver el contrato y, con ello, recuperar la cosa y volver a ser deudor en la deuda que se extinguió por la adjudicación y que ahora renacerá. Los efectos entre partes y frente a tercero son similares a los que se producen en la compraventa, si bien debe sustituirse el precio por el crédito y predicar de éste la consignación, la disposición a favor de terceros, etc.

2. La resolución por el **adquirente**.—En cambio, si el transmitente, para extinguir su deuda, debe pagar o entregar algo más que la cosa transmitida, y no lo hace, el adquirente es el que podrá resolver todo el contrato y, con la resolución, devolver la cosa, volver a ser acreedor en su antiguo crédito y extinguir la obligación de pago del complemento por el transmitente. Lo que ocurre es que la resolución en favor del adquirente, aunque equiparada a cualquier otra por el artículo 11 LH, sólo puede equipararse en cuanto a los efectos entre las partes, pero no cuando hay terceros:

- Si el adquirente ha transmitido la cosa o constituido derechos reales sobre la misma, o le ha sido embargada, no podrá compeler al tercero a la extinción de sus derechos o a su traslado sobre un antiguo crédito que ahora renace; esos terceros no son causahabientes de la parte que había de soportar la resolución, sino de la que tenía derecho a instarla; o, en otros términos, el derecho a resolver sólo es derecho real frente a los causahabientes del deudor que incumple, pero no frente a los del acreedor burlado que opta por la resolución. Ciertamente, el acreedor pudo reservarse en el contrato de transmisión o gravamen, al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.255 CC, la facultad de sustituir la cosa vendida o gravada por un crédito distinto; pero, por una parte, si la diferencia de valor entre la cosa y el crédito fuese notable, esa reserva equivaldría a dejar la validez y el cumplimiento del contrato (de venta o gravamen) al arbitrio de uno solo de los contratantes, en contra de la prohibición del artículo 1.256 CC; y, por otra, le resultará imposible oponer la misma extinción o sustitución a terceros posteriores, causahabientes de sus causahabientes, o a los que no derivan su derecho de un contrato, como acreedores embargantes.
- Y desde luego, lo que no podrá hacer es obligar al primitivo transmitente a recuperar la cosa con gravámenes que éste no ha consentido; el artículo 1.295 CC, tras establecer el efecto restitutorio de la rescisión, añade que, *en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviere obligado*.

b) *Constitución de derechos reales*

Según el artículo 334.10 CC *son bienes inmuebles [...] las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*; así pues, la constitución de un derecho real inmobiliario a cambio de un precio, es una compraventa de ese derecho real; afirmación ésta que recoge indudablemente la práctica jurídica cuando se trata de transmitir un derecho de usufructo o de nuda propiedad; el contrato de transmisión onerosa de estos derechos suele calificarse expresamente «de compraventa»; pero que suele olvidarse en otros derechos reales, como la servidumbre, cuya escritura de constitución» no se califica nunca de «compraventa» a pesar de revestir la misma naturaleza. Estas constituciones o compraventas de derechos reales inmobiliarios son susceptibles del pacto de «condición resolutoria explícita» igual que las compraventas de fincas o terrenos, y sus efectos son los mismos.

c) *Renta vitalicia*

El contrato de renta vitalicia supone un puro pago del precio en plazos determinados en su cuantía, aunque no en su duración; casi podría decirse que el contrato de renta vitalicia es una compraventa en la que el precio sólo es cierto, como en el caso del artículo 1.447 CC, *con referencia a otra cosa cierta*, que es la muerte de una persona, que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuando. La admisión de la «condición resolutoria explícita» con efectos reales no ofrece más problemas que en una compraventa ordinaria, como no sean los de determinación de la cantidad que haya de devolver el pensionista en concepto de restitución de las pensiones recibidas, cantidad de la que habrá que deducir lo que pueda considerarse renta o retribución por el uso de la cosa, y a salvo lo pactado sobre cláusula penal o exención de la obligación de restituir pensiones.

Obsérvese, por otra parte, que el contrato de renta vitalicia de los artículos 1.802 y sigs., a pesar de la definición del primero de ellos (*el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión*), no grava los bienes ni implica garantía real de cobro, como la implica, en Cataluña, el censo vitalicio de los artículos 28 a 32 de la Llei dels Censos, 6/16-3-1990; pero, aparte de la condición resolutoria, puede también buscarse la garantía de la hipoteca de renta del artículo 157 LH.

B) CONTRATOS EN QUE NO MEDIA PRECIO EN DINERO

Si se vuelve otra vez a la consideración de que la facultad de resolución por incumplimiento se entiende implícita en todas las obligaciones recíprocas (art. 1.124 CC), y no sólo en la compraventa, y que sus efectos frente a terceros en el ámbito inmobiliario no exigen más que la constancia explícita en el Registro (art. 37 LH), no parece existir una dificultad teórica para extender el pacto comisorio a cualquier contrato, aun sin precio en dinero; el mismo artículo 11 LH, cuando trata los especiales efectos del aplazamiento del precio en la compraventa, los predica también en la permuta *cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie*.

a) *Entre partes*

Indudablemente, la facultad resolutoria entre las partes existe en cualquier clase de contratos bilaterales, aunque no se haya pactado expresamente; cuando uno de los contratantes, citando el artículo 1.124 CC, pida la resolución por incumplimiento de la otra parte, procederá la restitución de las cosas con frutos e intereses, como dispone el artículo 1.295 CC; y si no es posible esta restitución, por pérdida de la cosa, porque se halle en poder de terceros de buena fe o (aunque no lo diga expresamente el precepto), porque la cosa no esté tal como se recibió, sino gravada, la única acción subsistente será la de indemnización de daños (final del art. 1.295 CC)

b) *Frente a terceros*

1. Extensión progresiva de la «condición resolutoria explícita».—La doctrina clásica había admitido la condición resolutoria explícita y sus efectos reales sólo en la compraventa y sólo en garantía del precio aplazado; porque se pensaba que lo que late en la mal llamada «condición» es una facultad resolutoria (o rescisoria) que actúa por simple voluntad de una de las partes, la vendedora, sin intervención judicial; y eso sólo es posible cuando el evento en que se basa la resolución es claro e indudable (falta de pago de un precio en metálico, y no otras prestaciones sobre las que quepa la discusión de si fueron cumplidas o no o si lo fueron bien o mal; todas esas discusiones habían de reconducirse al campo judicial).

Después, como se ha visto, las exigencias constitucionales de amparo judicial y su aplicación en la jurisprudencia registral devaluaron nota-

blemente la concepción clásica del pacto comisorio y su ejercicio según el artículo 59 RH; si la resolución ya no era automática ni unilateral, sino que habían de decidir los Tribunales, sobraba ya un criterio tan restrictivo sobre la «condición resolutoria explícita»; debía admitirse con carácter más general, puesto que los Tribunales ya decidirán en su día sobre la justicia de la resolución pactada; la Dirección General se colocó decididamente en esa línea:

- Un primer paso fue la consideración, especialmente en R. 29-12-82, de que cualquier alegación del comprador obstativa a la resolución enervaba el automatismo de la antigua condición resolutoria explícita.
- Después, la R. 16-10-89 admitió la extensión del pacto comisorio a «otros [contratos] igualmente onerosos en los que por el contenido y características de las prestaciones independientes [...] resulta igualmente fundada su admisión»; no era ya sólo la compraventa, sino cualquier contrato cuyas características lo permitiesen.
- Las RR. 5, 6 y 7-2-1990 y de 8, 9, 10, 11 y 14-10-1991 dieron un paso más; no se discutía en ellas la extensión a otros contratos, sino a obligaciones distintas del pago del precio en la compraventa; pero hacen una afirmación tan general, que supone la quiebra definitiva de la postura clásica; dicen que del silencio del artículo 1.504 CC no puede deducirse la prohibición, cuando la regla general es la de libertad (art. 1.255 CC), sino, al contrario, la «licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales».

2. El límite de la libertad del tráfico y las prohibiciones de disponer.— Esa extensión a otros contratos no se puede hacer indiscriminadamente; la doctrina expuesta de la Dirección cuida de precisarlo así cuando se refiere a la necesidad de determinado «contenido y características de las prestaciones» o en su referencia a «los límites legales» en las previsiones resolutorias.

Y ese límite ha de ser, necesariamente, el de la libertad del tráfico jurídico inmobiliario; esa libertad ha sido siempre uno de los principios básicos del Derecho hipotecario y se ha desarrollado fundamentalmente a través de la proscripción de las prohibiciones de disponer; éstas producen efectos cuando tienen su origen en una ley o en una decisión judicial o administrativa o cuando han sido establecidas en actos a título gratuito; pero se destierran del Registro cuando se intentan establecer en actos a título oneroso; tras la admisión de aquellas excepciones en el artículo 26 LH, el

artículo 27 LH dice que *las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento*. La forma de expulsar estas prohibiciones del Registro no es muy afortunada, al referirse a ese aseguramiento *mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real*; el concordante artículo 57 RH parece aumentar la confusión al disponer que *cuando mediante hipoteca se asegure el cumplimiento de las prohibiciones de disponer a que se refiere el artículo 27 de la Ley, se inscribirán en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca que se constituya, y se hará constar que se deniega la inscripción de la prohibición de disponer*; tratando de aclarar el sentido y aplicación de estos preceptos podría concluirse que la prohibición de disponer no tiene acceso al Registro; ni aun cuando esté garantizada con hipoteca, supuesto en que, según el precepto reglamentario transcrito, ha de inscribirse la hipoteca y denegarse la inscripción de la prohibición; idéntico tratamiento de inscripción y denegación habrá de darse al caso de cualquier otra forma de garantía real inmobiliaria; y que la eventual hipoteca u otra garantía no pueden asegurar sino el pago de una suma de dinero, con lo que el incumplimiento de la obligación podrá traducirse en unos eventuales daños y perjuicios al deudor, cuyo pago, en definitiva, es lo que asegurará la hipoteca (10); y, finalmente, que la indemnización de daños y perjuicios en que se traduce el incumplimiento de la prohibición garantizada con hipoteca quedaría, como cualquier otra indemnización de daños, sujeta a la necesidad de probar que el daño se ha producido efectivamente.

3. La «condición resolutoria» como prohibición de **disponer**.—Vista la exclusión legal de las prohibiciones de disponer, debe descartarse la posibilidad de una «condición resolutoria explícita» cuando implicase una amortización de la finca en determinadas manos, o sea, una prohibición de disponer; y esto ocurre cuando la prestación cuyo incumplimiento pudiera desencadenar la resolución fuese de carácter personal, de manera que sólo pudiese cumplirse por el adquirente y no por cualquier tercero; porque el tercero que ve su titularidad pendiente de que su causante, o el causante de su causante, cumpla una obligación que él mismo no puede cumplir, asume

(10) ROCA SASTRE —*Derecho Hipotecario*, II, pág. 741— recoge la doctrina del Tribunal Supremo indicando que «esta cláusula envuelve una limitación a la facultad de enajenar, pero su incumplimiento por parte del obligado no puede tener la trascendencia de reconocerle efectos reales, porque conforme al artículo 27 LH las prohibiciones lícitas de disponer establecidas en actos a título oneroso no tienen alcance real y, consiguientemente, en caso de infracción, como unánimemente proclama la doctrina, sólo producen para la persona afectada por la limitación o prohibición, la obligación de abonar los daños y perjuicios causados».

una posición absolutamente pasiva y deja su titularidad en manos de otras personas, generalmente desinteresadas en ella; se abstendrá entonces de adquirir o de relacionarse con la finca; con lo que la «condición resolutoria», pactada inicialmente como garantía de una obligación, funciona en la práctica como disuasoria del tráfico inmobiliario, o sea, como una prohibición de disponer de hecho. El caso posterior de la cesión por alimentos es muy ilustrativo de esta realidad.

En caso de duda, el que cabe conceder a la «condición resolutoria» es el de comparación entre la causa de la eventual prohibición de disponer y la causa de la exclusión registral de estas prohibiciones; o, en otras palabras, el de si cabe amortizar temporalmente la propiedad bajo una titularidad determinada en pro de una finalidad superior a la misma libertad del tráfico inmobiliario; esto se verá a propósito de la «permuta de solar por pisos».

C) CASOS DE CONTRATOS SIN PRECIO EN DINERO

Pueden tratarse los siguientes, como los más frecuentes, y los que permiten ver las reglas generales expuestas y la defensa de las posibles excepciones:

a) *Cesión por alimentos*

1. Jurisprudencia registral.—Debe tratarse este contrato en primer lugar porque ha sido objeto de dos resoluciones que pueden resultar muy ilustrativas de la idea central. Las RR. 16-10-89 y 26-04-91 admitieron el pacto comisorio o condición resolutoria explícita para garantizar la obligación del cesionario en un contrato de cesión de bienes por los padres en favor de los hijos a cambio de la obligación de cuidarlos y asistirlos, pues el artículo 1.504 CC, relativo sólo a la compraventa, ha de entenderse aplicable a otros contratos igualmente onerosos en que por las características y contenido de las prestaciones resulta igualmente fundada la admisión.

2. Crítica.—En estas dos resoluciones se aplica la «condición resolutoria explícita» de la transmisión a una obligación de cuidado y asistencia a los padres transmitentes; el pacto comisorio en este contrato supone una verdadera prohibición de disponer de la finca (proscrita en el artículo 27 LH en los actos a título oneroso), porque nadie deseará adquirir la finca sabiendo que el título del hijo transmitente, y con él todos los posteriores, puede resolverse si no se cumple adecuadamente la obligación de cuidado y asis-

tencia de los padres; el osado comprador voluntario puede ser privado de su propiedad si no se presta la asistencia pactada por aquellos hijos a aquellos padres o, lo que es peor, si los padres y los hijos fingen fraudulentamente que no se ha prestado; cualquier acreedor que, en pago de su deuda, adquiera forzosamente (o forzadamente) la finca, puede temer inmediatamente una resolución pactada (o fingida) en círculo de familia; con lo que también se proporciona un nuevo método para hacer inmunes unos bienes a la acción de los acreedores, incluso a los privilegiados, como Hacienda, trabajadores, comunidad en propiedad horizontal, etc.: cuando el hijo se vea asediado por alguno de estos acreedores, pedirá al padre que resuelva la transmisión. Y no cabrá que el tercer adquirente trate de evitar la catástrofe cumpliendo él la obligación, porque se trata de una obligación personalísima en la que al padre acreedor no puede serle indiferente ser cuidado por un hijo o por un extraño.

Los obstáculos para la admisión de esa facultad son menores cuando el acto es predominantemente gratuito, es decir, cuando la obligación alimenticia es un pacto añadido a la donación y no una contraprestación equivalente al valor total de la finca; porque si el donante puede reservarse la facultad de disponer de los bienes donados (art. 639 CC), privando de esa facultad al donatario, no debe darse mayor importancia al hecho de que se reserve otros derechos que pueden implicar semejantes restricciones al poder de disposición. Se reconoce esa facultad resolutoria, específicamente para la donación, por la S. 30-11-87; y tal vez sean esas consideraciones las que pesan en la doctrina de la Dirección. A pesar de todo, la cláusula comisorio se pacta en garantía de la parte onerosa del contrato (otra vez la prohibición de limitaciones a la facultad de disponer); y, en último término, el comiso es un arma desproporcionada y excesiva; ante un incumplimiento de los hijos, el eventual adquirente de la finca se verá privado de la propiedad sin compensación alguna, produciéndose a costa de él un enriquecimiento injusto de otras personas, sean los cedentes o los cesionarios.

3. La garantía *aceptable*.—Ciertamente que quien cede todos sus bienes a cambio de alimentos necesita una protección frente a la eventualidad de quedar abandonado; pero el sistema de garantía equitativa de todos los derechos en juego es la hipoteca de renta, que asegure el pago a los primitivos cesionarios de una renta de dinero en caso de incumplimiento del deber de asistencia; el tercer adquirente podrá evitar la ejecución pagando la renta, sin verse indefenso ante una resolución que no puede evitarse sino cumpliendo una obligación de asistencia que él no puede cumplir por muy buena que sea su voluntad.

b) *Permuta*

1. **Permuta pura.**—En la permuta pura, de cambio de una cosa por otra, también ofrece notables dificultades la cláusula resolutoria. Ciertamente, el artículo 1.541 CC dice que *en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones aplicables a la venta*; y ese título (V del Libro IV) no se refiere a la cláusula resolutoria; pero en realidad hay que excluir de tal aplicación analógica todas las disposiciones que presuponen la existencia de un precio.

Debe pensarse cómo se produciría en la práctica la «condición resolutoria explícita» en la permuta. Dice el artículo 1.538 CC que *la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra*; de manera que el permutante que ha entregado su cosa y no recibe la otra, puede intentar la resolución del contrato; pero si la cosa que él entregó es ya propiedad de un tercero, o algunos terceros han adquirido derechos sobre ella, éstos tendrán que presenciar impotentes la resolución, puesto que no pueden detenerla sino entregando a cambio una cosa que no pueden entregar porque no es suya; con lo que la cláusula resolutoria funciona, como en el caso anterior de la cesión por alimentos, como una prohibición de disponer; y, precisamente por eso, debe ser proscribida; así lo debe entender el artículo 11 LH, que, al admitir la «condición resolutoria» *cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia*, permite deducir que no es admisible cuando se trata de una permuta pura, sin diferencias que abonar.

Aun así, cabe plantear la aplicación de la «condición resolutoria explícita» a la permuta en dos supuestos:

- Cuando la prestación cuyo incumplimiento pueda desencadenar la resolución sea de entrega de una cosa fungible, fácilmente accesible a cualquier persona; los terceros podrán entonces enervar la resolución por entrega de la cosa (recuérdese, a este respecto, que, según el art. 1.167 CC, *cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior*).
- Cuando se pacte la posibilidad de que el permutante incumplidor, o los terceros, puedan sustituir la prestación específica de entrega de la cosa por una cantidad de dinero; este pacto (en realidad, de conversión de la permuta en compraventa), permite también al tercero enervar, por pago la acción resolutoria. Pero para eso es preciso que se haya pactado expresamente así, pues en caso contrario rige el artículo 1.166 CC, según el cual *el deudor de una cosa no puede*

obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

2. Permuta con diferencias en **especie**.—El artículo 11 LH considera aplicable el régimen general de la «condición resolutoria explícita» a las permutas *cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia [...] en especie*. Pero en realidad, cuando la diferencia es en especie, las dificultades de la «condición resolutoria» son mayores que en la permuta pura:

- Si sólo queda pendiente el pago de la «diferencia», porque las dos cosas principales se hayan entregado, el permutante que pretenda la resolución por incumplimiento del otro, está obligado a restituir lo que hubiera recibido, y sólo puede intentar la resolución si es posible aquella restitución (art. 1.293 CC). Y no, por tanto, si ha enajenado o gravado la cosa o si le ha sido embargada; porque, como se trató a propósito de la adjudicación en pago, ni puede obligar al permutante incumplidor a recuperar su cosa con gravámenes que no ha consentido; ni puede pretender la extinción de estos gravámenes, porque el derecho a resolver sólo es derecho real frente a los causahabientes del permutante al que se impone la resolución, pero no frente a los del que la ejerce.
- Independientemente de estas dificultades, los terceros que hayan adquirido derechos sobre la cosa entregada por el que ahora pretende la resolución, no pueden ser obligados a pasar por esa resolución sin alternativa que les permita enervar mediante el cumplimiento, con lo que se vuelven a reproducir los problemas de la permuta pura que se han tratado anteriormente.

3. Permuta con diferencias en **dinero**.—El artículo 11 LH, tras regular la aplicación de la «condición resolutoria explícita» a la compraventa, dice que esa doctrina *se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero [...]*. Y este es el caso de la permuta en que realmente cabe la cláusula comisorio en los mismos términos que en la compraventa, o casi en los mismos términos:

- El acreedor de la diferencia, ante la falta de pago, podrá ejercitar su facultad resolutoria igual que el comprador ante la falta de pago del precio. En esa resolución recuperará la cosa que entregó, tal como la entregó y, por tanto, libre de toda carga o gravamen y a pesar de cualquier transmisión que hubiese realizado el otro permutante, es decir, la recuperará en perjuicio de tercero. Esos terceros, para evitar

- la resolución han podido pagar la deuda como en la compraventa.
- Pero, en contrapartida, el acreedor de la diferencia que inste la resolución, está obligado a devolver la cosa que recibió en la permuta, y a devolverla en el mismo estado en que la recibió; es la obligación del artículo 1.295 CC, que le impide resolver cuando por pérdida, enajenación o gravamen de la cosa, no pueda devolverla en el estado en que la adquirió; este condicionante ha quedado visto a propósito de la adjudicación en pago y se ha reiterado en la permuta con diferencias en especie.

c) *Transmisión de solar a cambio de departamentos*

Es muy frecuente que el propietario del solar y el constructor se pongan de acuerdo para aportar uno la finca y el otro la realización de la obra, y repartirse finalmente los departamentos según un módulo previamente pactado. Esa voluntad se ha articulado jurídicamente de diferentes maneras, a cada una de las cuales corresponderían distintas soluciones de garantía:

1. La sociedad **mercantil**.—En la fórmula societaria, el propietario aporta a la sociedad el solar y el constructor aporta dinero o equipo de construcción. No ofrece mucho interés desde el punto de vista del Derecho privado, puesto que la construcción la realiza en realidad y la declara la propia sociedad; ésta puede también vender los departamentos y pagar en dinero a los dos socios, o puede disolverse y adjudicar los departamentos en pago de las cuotas de liquidación. El problema mayor es que las participaciones o acciones sociales pueden transmitirse a otras personas, que no quedarán vinculadas por los pactos previos entre los socios fundadores sobre la forma de hacer la liquidación. En cualquier caso, esta solución, al desenvolverse en el ámbito del Derecho societario, obtendrá sus posibles garantías en éste (especialmente en fórmulas que garanticen el control bilateral de la administración), y no interesan al objeto de esta exposición; lo que sí interesa es destacar el fondo societario que late en todas las fórmulas de cesión de suelo por departamentos.

2. La permuta de solar por **departamentos**.—Es la forma clásica de articular la operación: El propietario del solar lo transmite al constructor y éste se obliga a construir según un determinado proyecto, a otorgar la declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal (como propietario único que es, en ese momento, de la finca) y, finalmente, a transmitir al primitivo propietario los departamentos previamente convenidos. Es, pues, una permuta de cosa presente (solar) por cosa futura (departamentos). Construcción ésta a la que se objetan varias dificultades:

- El solar se transmite íntegramente al constructor a cambio de una serie de obligaciones de éste, que culminarán con la retransmisión de unos departamentos al primitivo propietario; pero registralmente, esta obligación de retransmitir no queda garantizada: En el Registro de la Propiedad *se inscribirán los títulos traslativos [...] del dominio de los inmuebles* (art. 2 LH), es decir, la transmisión del solar del dueño al constructor, pero no son inscribibles la obligación de transmitir o de celebrar en el futuro contratos transmisivos (art. 9 RH), es decir, no la obligación del constructor de transmitir en el futuro los departamentos convenidos. Seguramente, la inscripción registral de la «permuta» reflejará el pacto de construcción y retransmisión, pero ese reflejo será en cumplimiento del artículo 10 LH (*constancia de la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago*) y no por aplicación del artículo 11 LH (aplazamiento de pago en perjuicio de tercero); de hecho, el Registrador cumpliría con decir que el dueño transmite el solar «a cambio de determinadas obligaciones asumidas por el adquirente», sin decir cuáles son éstas, puesto que no tienen efecto frente a tercero, y tal vez fuese lo aconsejable, para no suscitar a los terceros profanos en Derecho una falsa apariencia de garantía real.

En esta situación, el primitivo propietario sufre el riesgo de que el constructor quiebre o de que enajene la finca o los departamentos fraudulentamente sin respetar el pacto previo; su situación es, pues, bastante precaria: en caso de quiebra del constructor, resulta de dudoso resultado la pretensión del antiguo propietario de que el solar no se ha *transferido al quebrado por un título legal e irrevocable* (art. 908 CC), sino a través de un contrato complejo que ahora queda sin causa, y que procede, por tanto, la separación de la masa de la quiebra; y en caso de enajenación fraudulenta, el antiguo propietario no tendrá acción ninguna contra el tercer adquirente protegido por la fe pública registral (art. 34 LH); y tampoco frente al acreedor embargante, porque el embargo concede preferencia sobre los que, como el antiguo propietario, no tienen ningún derecho real sobre ella.

- Si, como otras veces se hace, es el propietario el que conserva la propiedad del solar hasta el final de la operación, sin transmitirlo hasta entonces al constructor, será éste entonces el que afronte un riesgo de concurso o quiebra del propietario o de una enajenación contraria a lo pactado; y, mientras, estará invirtiendo en la dudosa operación sus capitales y su trabajo. Y su derecho a adquirir la finca en el futuro tampoco será inscribible en el Registro de la Propiedad hasta que la adquisición se produzca. Su posición es peor que la del

dueño del solar en el caso contrario anterior, porque ni siquiera será defendible una separación de la masa de la quiebra ni una oposición de derecho alguno frente al tercero hipotecario adquirente de la finca.

- Transmitido el solar al constructor, puede intentarse garantizar su obligación de construir y transmitir mediante condición resolutoria. La R. 5-4-1990 admite esta garantía o, al menos, se refiere a ella sin objeción alguna, de donde parece derivarse un tácito reconocimiento.

Se trataba de una permuta de solar a cambio de pisos en el edificio que debe construir en un plazo determinado el adquirente del solar, cuya obligación se garantiza con condición resolutoria; posteriormente es embargado el derecho del constructor; y finalmente, antes del cumplimiento del plazo de construcción, ambos permutantes declaran la imposibilidad de dicha construcción, resuelven la permuta y solicitan la cancelación del embargo. Dice la Dirección que «cuando la titularidad embargada se halla sujeta a posible resolución que consta explícitamente en el Registro, el efectivo desenvolvimiento de ésta comportará la extinción del embargo y consiguiente cancelación de la anotación preventiva. Ahora bien [...] sólo la resolución del derecho embargado que se produzca en los términos registrales constatados *gozará* de ese efecto extintivo, mas no así la que tiene lugar anticipadamente por mutuo disenso [...] pues tal renuncia sólo podrá operar registrales dejando a salvo el derecho de la persona a cuyo favor se practicó la anotación de embargo». Efectivamente, el derecho del constructor tiene un valor económico, puede ser objeto de transmisión, quedando subrogado el adquirente en la obligación de construcción y entrega, y, por tanto, es también embargable; es lógico, pues, que el derecho embargado no quede ya al solo arbitrio de las partes primitivamente contratantes, y que éstas no puedan convenir una extinción anticipada en perjuicio del acreedor.

De toda la doctrina de la resolución se deriva una clara admisión de la «condición resolutoria explícita» en la «permuta de solar por departamentos»; aunque, por la objeción a la resolución anticipada, se rechace en el caso concreto, lo que impide que entre la Dirección a tratar el fundamento y efectos de la resolución.

Frente a las objeciones a la «condición resolutoria explícita» en la permuta o en la cesión por alimentos, por conducir la garantía a una verdadera prohibición de disponer, puede decirse aquí que la obligación de entregar en el futuro unos departamentos determinados puede ser cumplida por cualquier tercer adquirente de la finca, ya construida o en proceso de construcción; en este último caso, el adquirente se obliga a seguir la cons-

trucción hasta el final, según el convenio primitivo y el proyecto técnico al que se hubiesen remitido las partes contratantes. Pero eso no es una prohibición de disponer; desde luego, no todas las personas están dispuestas a asumir esas obligaciones, sino sólo las que sean capaces de realizar un proyecto de construcción, y eso implica una cierta restricción; pero la proscripción de las prohibiciones de disponer tiene por objeto la libertad del tráfico jurídico inmobiliario; ese tráfico no es el tráfico especulativo sobre solares estáticos, sino un tráfico dinámico, que implica edificación, transformación, construcción de viviendas, locales, naves, granjas, etc.; y esa dinámica requiere una temporal amortización de la propiedad en manos de las personas capaces de realizarla. La justificación de la «condición resolutoria explícita» se encuentra en una simple investigación del espíritu de la ley o, en otros términos jurídicos, de la investigación de la causa de la «condición resolutoria» (asegurar el cumplimiento de esa dinámica) y de la causa del destierro registral de las prohibiciones de disponer (impedir una amortización improductiva de la propiedad).

3. El cambio de cuota por obra.—Los problemas de la llamada «permuta» de solar por departamentos han propiciado soluciones más modernas. Y, concretamente, la aplicación a la «permuta» de lo que ha venido llamándose «construcción en propiedad horizontal» (que trató magistralmente la R. 18-4-1988). En la adaptación de esa idea, el propietario del solar transmite al constructor sólo la cuota correspondiente a los departamentos que éste hará suyos, con el derecho inherente a construirlos; reservándose la cuota que se asignará a los que el propio transmitente debe recibir a cambio, también con el derecho a construirlos (por sí, o por otro como ahora se verá); el constructor, a cambio de la cuota que adquiere, asumirá una obligación de ejecución de obra, es decir, de construir los departamentos destinados al primitivo propietario del solar. Finalmente, la declaración de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal se hará por ambos, dueño primitivo y constructor, como condueños, en ese momento, del solar; y cada uno declarará haber construido (es indiferente si lo ha hecho por sí o por otro) los respectivos departamentos.

Con esta fórmula, el constructor queda garantizado por la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad; y el primitivo propietario del solar mantiene la inscripción de su cuota, y asegura la ejecución de la obra por la «condición resolutoria explícita». La quiebra o el embargo de los derechos del primitivo propietario no afectan en absoluto al constructor. La quiebra o el embargo de los derechos del constructor llevarán tal vez a la ejecución forzosa de su cuota y a la subrogación del adquirente en la obligación de construir o en el riesgo de perder su propiedad por resolución; el primitivo dueño del solar verá que la construcción la va a hacer una persona distinta, pero está asegurado de que se hará, por la garantía reso-

lutoria, y sabe que aquellas vicisitudes del constructor no afectarán nunca a la propia cuota reservada desde un principio.

Desde el punto de vista fiscal, sólo estará sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana la transmisión al constructor de la cuota correspondiente (no de la que se reserva el primitivo propietario); pero surgirá un concepto que no existe en las construcciones clásicas: la tributación por el Impuesto sobre el Valor Añadido por la ejecución de la obra correspondiente a los departamentos del propietario inicial, pero sólo por el valor de esa ejecución.

4. LA «CONDICION» EN OBLIGACIONES DISTINTAS DEL PAGO DEL PRECIO

A) MODERNO CRITERIO EXTENSIVO

La posibilidad de que la «condición resolutoria explícita» garantice obligaciones distintas del pago del precio debe pasar por una evolución paralela a la garantía de otros contratos distintos de la compraventa:

- Cuando se pensaba que el artículo 1.504 CC avalaba el pacto de que *por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato*, y que esa resolución se llevaba a cabo según el artículo 59 RH, por mera *notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta*, se pensaba también, y en consecuencia, que la «actuación automática de la resolución» debía aplicarse sólo a la compraventa y precisamente a la falta de pago del precio; porque la norma era de carácter excepcional y no susceptible de interpretación extensiva; si una de las partes podía decidir la resolución por incumplimiento de la otra, con lo que en cierta forma se erigía en Juez y parte, es porque la materia que debía juzgarse revestía meridiana claridad (se ha pagado o no se ha pagado en el tiempo convenido); si el incumplimiento se refiere a una obligación distinta al pago del precio o a un contrato distinto de la compraventa, no podía admitirse la cláusula resolutoria, porque no podía dejarse al arbitrio de una de las partes la apreciación del cumplimiento y de la exactitud de éste.
- La imposibilidad de extensión a otras obligaciones se llevó a extremos de exageración, como el de la S. 17-2-1950; según ella, en el caso de autos era improcedente aplicar el artículo 1.504 CC porque «si bien es norma aplicable a la compraventa de bienes inmuebles,

perdía en esta ocasión su eficacia, ya que el incumplimiento del comprador no afectaba solamente a la falta de pago, sino a otra obligación de hacer, como la de facilitar y concurrir al otorgamiento de la escritura cuando el vendedor le instaba a efectuarlo»; bien estaba que el incumplimiento de esa otra obligación no determinara por sí solo la posibilidad de resolución, pero no parece acertado que tal incumplimiento impida la resolución de pleno derecho por falta de pago del precio.

- Pero actualmente, cuando se entiende que, en cualquier caso, la resolución debe ser consentida por los perjudicados o, en su defecto, declarada por el Juez, como resulta del propio artículo 1.124 CC y como exigen los preceptos constitucionales, desaparece aquel obstáculo para extenderla a obligaciones distintas del pago del precio.
- Y lo mismo que en la extensión a contratos distintos de la compraventa, puede decirse que el artículo 1.124 CC se refiere a todas clase de obligaciones recíprocas; y, aunque el artículo 11 LH no autorice tal extensión, sí lo hace el artículo 37 LH, referido a los efectos frente a tercero de toda clase de *acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro*; este precepto apoya la posibilidad de que, en virtud de pacto, se convierta en explícita la «condición resolutoria tácita» del artículo 1.124 CC, dotándola así de efectos reales.

B) LÍMITES

Pero, también como en la extensión a otros contratos, la aplicación de la «condición resolutoria explícita» a obligaciones distintas del pago del precio debe tener unos límites:

a) *El límite de la libertad del tráfico y de las prohibiciones de disponer*

Como se ha visto al tratar de la extensión a otros contratos, la «condición resolutoria» puede funcionar de hecho como una verdadera prohibición de disponer de la finca, cuando se trata de garantizar con ella una obligación de carácter personalísimo que sólo puede ser cumplida por el deudor y no por cualquier persona; una finca así «gravada» no encontrará prácticamente compradores, ante el temor de verse envueltos en la resolución por incumplimiento de un tercero; en tal caso, la pretendida garantía debe ser excluida del Registro, por la norma del artículo 27 LH, según el cual, las prohibiciones voluntarias de disponer en actos a título oneroso *no tendrán acceso al Registro*.

Pero obsérvese que la norma es estrictamente hipotecaria, de no inscripción de la prohibición, pero no cuestiona su eficacia extrarregistral; la «condición resolutoria» podrá garantizar obligaciones distintas del pago del precio, y resolver las obligaciones y contratos en que se contengan, sin perjuicio de tercero. De esta manera, el que pretenda la resolución, podrá recuperar la finca con los gravámenes o derechos adquiridos sobre ella mientras tanto por tercero, y no podrá recuperarla en absoluto si el tercero ha adquirido su dominio. En estos casos, y conforme al artículo 1.295.3, *sólo podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión*, o sea, al otro contratante.

b) *La relación de la causa*

Otra limitación para la garantía de una obligación con la resolución de un contrato es la conexión causal con éste: lo que no puede hacerse es garantizar con la resolución o con la pérdida del dominio u otro derecho real una obligación independiente del negocio jurídico que causó la transmisión o constitución, sin conexión causal con él. El precepto clave de la «condición resolutoria», el artículo 1.124 CC se refiere a la facultad de resolver en las obligaciones recíprocas; y eso tiene un fundamento claro: si, como dice el artículo 1.274 CC, *en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*, incumpléndose una de las obligaciones recíprocas, la otra pierde su causa, y esa pérdida justifica la resolución (en realidad, rescisión, por perjuicio del acreedor, en una especie de *conditio causa data, causa non secuta*); ese es el juego propio de la «condición resolutoria», tácita o explícita, y de él no se puede salir:

La limitación apuntada obedece a otro de los grandes principios del Derecho español y, en general, del Derecho moderno: la prohibición del pacto comisorio. Y, a diferencia de la anterior, esta limitación opera no sólo frente a terceros, sino también en la relación entre las partes; no puede alegarse en su favor el principio general de libertad de pacto del artículo 1.255 CC (*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente*), porque el mismo precepto establece los límites: *siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*; y los tres quedan conculcados por un pacto de comiso:

— Es contrario a la ley, que en nuestro Derecho es claramente contraria al pacto comisorio: cierto que la prohibición aparece fragmentariamente, referida a figuras jurídicas como la prenda, la hipoteca o la anticresis, por ejemplo en los artículos 1.859 CC (*el acreedor no*

puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas) y 1.884 CC (*el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble, por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo*); pero esos preceptos, como toda la regulación de los procedimientos de ejecución prendaria o hipotecaria, no son sino expresión de un principio general del Derecho, una continua prohibición de que el acreedor pueda, como señala la R. 10-6-1986, adjudicarse la cosa ofrecida en garantía sin los procedimientos y cautelas establecidos; la R. 5-6-1991 señala que el Código Civil «rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor».

- El pacto comisorio fue rechazado históricamente, entre otros ordenamientos, por el Derecho canónico, por consideraciones no sólo jurídicas, sino morales: La exclusión de la subasta y demás garantías judiciales permitía al acreedor, en perjuicio del deudor, expropiar la cosa ofrecida en garantía en precio más bajo que el normal del mercado, con lo que el préstamo, pagado finalmente mediante la adjudicación privada en precio vil, devenía claramente usurario aunque no lo fuera en un principio. La R. 8-4-1991 se refiere al rechazo del pacto comisorio «por obvias razones morales plasmadas en los Ordenamientos jurídicos».
- Y es por último, contrario al orden público, en cuanto pretende eludir las normas procesales de ejecución de los derechos reales de garantía, todas ellas de carácter imperativo y de orden público. La R. 29-9-1987 reitera que la prohibición del pacto comisorio impide pactar un derecho de opción en que el acreedor pueda adquirir las fincas en pago de créditos contra el deudor.

Por virtud de esta limitación queda excluido el comiso como garantía de obligaciones autónomas e independientes de la causa de la obligación que se pretende resolver; la R. 19-2-1990 habla de que la resolución «sólo queda justificada por la frustración del fin básico perseguido, por la quiebra del equilibrio fundamental tal como subjetivamente fue configurado, pero no en aquellas hipótesis en que el propósito determinante de la negociación queda consumado, aunque no sus consecuencias accesorias». Pero esos comisos prohibidos pueden revestir dos formas:

1. El comiso **directo**.—O derecho de adquirir una cosa en pago de un crédito; la aplicación de la prohibición es clara:

- Un llamativo ejemplo es el caso de la S. 29-5-1971: hay una hipoteca unitaria sobre un edificio entero, es decir, sin división o distri-

bución del préstamo garantizado; y el constructor de aquél, y propietario del mismo, quiere asegurar que cada uno de los que van comprando los pisos pagará puntualmente las cuotas de amortización e intereses que internamente se han fijado a cada piso y que el constructor recauda para pagar a la entidad prestamista; para ello, se establece en las respectivas compraventas que la falta de pago de tales cuotas dará lugar de pleno derecho a la resolución del contrato (de compraventa), perdiendo el comprador las cantidades entregadas para pago del precio y para reembolso del préstamo; analizando esta pretendida aplicación de la «condición resolutoria explícita», hay que reparar en la diferencia de trato que se da al acreedor hipotecario que no recibe el pago de su deudor y al vendedor-prestatario que ha pagado al acreedor y no se ha resarcido del comprador (o que se ha resarcido y por error, malicia, etc., pretende cobrar de nuevo): aquél, el acreedor a quien el comprador no paga, no puede hacer más que enajenar la finca, en el procedimiento judicial o extrajudicial correspondiente, para resarcirse de su crédito con el precio que se obtenga en la subasta, y dejar el resto al comprador; en cambio, por la «condición resolutoria», el vendedor que ha pagado al acreedor y acaso ya no tenga interés en el inmueble, pretende quedarse con la finca, cualesquiera que sean su valor y el importe de lo que se le adeude, con el precio o parte de él que haya percibido y con la parte del préstamo ya reintegrada por el comprador. La efectividad del pacto sería de una enorme injusticia.

- También se ha intentado el comiso para garantía de obligaciones de no hacer; y así, a fin de obtener fluidez en el tráfico dentro de una urbanización o complejo inmobiliario, llegó a pactarse lo siguiente: «La cláusula de resolución de esta compraventa por falta de pago del precio se aplicará también, a requerimiento del vendedor, por colocar el comprador en la calle o espacios ajardinados, aunque sea por breves momentos, mercancías o embalajes; para hacer efectiva esta resolución bastará el requerimiento notarial en el que además el Notario compruebe, aunque sea por una vez, el incumplimiento». Quizá esta cláusula se haya llegado a consignar en el contrato porque en la práctica consiga la finalidad pretendida (mantener despejada la calle) sin necesidad de intentar la resolución. Pero técnicamente no resulta aceptable; de nuevo se impone una comparación lo que sucede al acreedor hipotecario; se plantea el problema de cómo vincular a los posteriores propietarios de la finca o si éstos quedarán afectados por un incumplimiento del primitivo comprador o por la actuación de cualquier poseedor o de un tercero.

2. Los pactos comisorios **encubiertos**.—La prohibición del comiso es tan clara y tan antigua que no suele presentarse en forma directa, sino a través de figuras y negocios indirectos, y, a veces, sin verdadera conciencia de los interesados de estar incurriendo en la prohibición. He aquí algunos de los casos más frecuentes:

- Venta en garantía, a la que se refirió la R. 30-6-1987, según la cual la venta en garantía de una deuda que se reconoce, sin responder a una obligación de pago de precio y con compromiso de retransmisión al pago de la deuda, no es inscribible, pues la misma finalidad de garantía la priva de virtualidad suficiente para transmitir el dominio.
- Opción comisorio. La R. 29-9-1987 señala que la prohibición del pacto comisorio impide pactar un derecho de opción en que el acreedor pueda adquirir las fincas en pago de créditos contra el deudor; y las R. 5-5-1992 y R. 22-9-1992 reiteran la prohibición de la opción comisorio (11).
- Venta con pacto de retro. Una ilicitud semejante a la opción «comisorio» afecta a la «compra» con pacto de retro cuando el precio de compra es una deuda del vendedor con el comprador, y el precio de la retroventa supone, por tanto, pago de la deuda y recuperación de la prenda.

(11) Según estas RR. 5-5-1992 y 22-9-92, la opción de compra cuyo ejercicio se condiciona al impago de unas obligaciones emitidas por la sociedad deudora, e imputándose el importe de las obligaciones emitidas al pago del precio, encubre un verdadero pacto comisorio, «lo que vulnera la prohibición vigente en nuestro ordenamiento, tal como resulta de los arts. 1.859 y 1.884 CC y de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de este Centro Directivo»; así se desprende de las vicisitudes de las obligaciones emitidas, coincidencia cuantitativa entre importe y precio, previsión de descuento o retención, «por más que el recurso a la figura de las obligaciones al portador posibilite que se silencie el titular del crédito que se ha de garantizar».

Pero también debe tenerse en cuenta la doctrina de la R. 8-4-1991, según la cual es inscribible «una escritura de opción de compra en la que se conviene en una de sus cláusulas "que el optante podrá satisfacer en todo o en parte el precio de adquisición, por vía de compensación de los créditos que en el momento de ejercitar la acción ostente contra los concedentes" »; porque aunque podría encubrir un pacto comisorio, siempre rechazado por obvias razones morales plasmadas en los Ordenamientos jurídicos, debe tenerse en cuenta el principio de buena fe y la consideración de que la compensación es una de las formas de pago recogidas en nuestro Código Civil; por lo que, si se hubiese configurado un negocio fraudulento, sería necesaria la justificación en el procedimiento judicial adecuado; esto no quiere decir que el pacto de compensación pueda ser inscrito, pues carece de trascendencia real. Parece que, salvo en casos tan claros como los de las dos anteriores resoluciones, el Registrador podrá calificar la existencia de comiso en el momento y por las circunstancias del ejercicio de la opción, pero no por el solo hecho de pactarse el posible pago por compensación; sólo el Juez podrá apreciar bajo este pacto la existencia de un negocio fraudulento.

- Adjudicación en pago de deuda. El mismo supuesto de venta con pacto de retro puede asumir la forma más técnica, aunque igualmente ilícita, de la adjudicación al acreedor de una finca del deudor, en pago de una deuda, y con concesión al deudor de un derecho de opción de compra, o de recompra. Bien entendido que la adjudicación prohibida ha de ser la anticipada, la que el deudor debe consentir para obtener el préstamo o servicio del acreedor; pero no la pactada una vez vencida la obligación, en cuyo caso la opción de compra alivia, no agrava, la situación del deudor transmitente.
- *Lease-back*. Cuando la empresa de *leasing* compra la finca al propio arrendatario financiero para dársela a continuación en *leasing*, surge la figura del *Lease-back*. La venta previa del futuro arrendatario financiero a la empresa de *leasing* no se hará de ordinario por el precio de mercado, sino por la cantidad que necesite el primero para su financiación; el arrendatario consentirá en esta venta barata, porque confía en la inmediata recuperación de la finca a través del *leasing*. El incumplimiento de cualquiera de las partes, especialmente del arrendatario, puede arrastrar a la resolución, por el artículo 1.124 CC, de toda la operación contractual, es decir, del *leasing* y de la venta previa, con recíproca devolución de cosas y precio, salvo la parte de éste que corresponda a canon por el disfrute de la finca; pero cuando se pacta que el incumplimiento por el arrendatario resolverá sólo el contrato de *leasing*, reteniendo la empresa arrendadora la propiedad de la finca, está surgiendo claramente una figura comisorio: En el fondo todo se produce como un préstamo de la empresa al arrendatario, transmisión de la finca en garantía, y adquisición definitiva de la finca por el prestamista ante el incumplimiento del prestatario.
- Venta del derecho de cobro de precio. La cesión del derecho al cobro del precio aplazado y garantizado con condición resolutoria explícita en una compraventa, debe considerarse que extingue la facultad resolutoria; el sujeto de la posible resolución por impago no puede ser sino el vendedor; los primeros intérpretes del Código parecían admitir el ejercicio de la facultad resolutoria por los adquirentes del crédito del vendedor; así parece aún deducirse del artículo 1.112 CC: *Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles si no se hubiese pactado lo contrario*; del artículo 1.528 CC: *La venta o cesión de un crédito comprende todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio*; o del artículo 59 RH, que habla de la nueva inscripción en favor del vendedor o sus causahabientes. Pero el imagina-

rio ejercicio de la facultad resolutoria por un adquirente del crédito del vendedor llevaría a una absurda adquisición de la finca por un tercero, con enriquecimiento injusto o, cuando menos, con «adquisición injusta». Sería un supuesto puro de comiso, puesto que no se trataría de recuperar la finca que se vendió, sino de un crédito, desconectado ya de la compraventa, y garantizado con la adquisición de una finca del deudor en caso de impago.

Todos estos casos están en peligro de una declaración judicial de nulidad, por más que los Tribunales hayan sido siempre más tolerantes que la jurisprudencia **registral** para con los pactos comisorios.

C) EN ESPECIAL, LOS INTERESES DEL PRECIO

La garantía de los intereses con «condición resolutoria explícita» experimenta una evolución concorde con lo antes tratado:

1. Tendencia contraria a la extensión.—Cuando se pensaba que la facultad de resolver derivaba del artículo 1.504 CC y que la resolución actuaba automáticamente, como prevé el artículo 59 RH, fue muy reiterada la tendencia doctrinal y jurisprudencial contraria a la inclusión de los intereses en la cláusula resolutoria. La negativa pecaba de un formalismo excesivo, pues, sobre basarse en una interpretación solamente literal del artículo 1.504 CC (que sólo habla de *falta de pago del precio*), daba una trascendencia excesiva al hecho de que la cantidad resultante por intereses se hubiese sumado al precio fijando una cantidad global o se hubiese mantenido independiente.

2. Teoría **intermedia**.—Aun dentro de la misma línea de resolución por voluntad del vendedor, podía defenderse la distinción de que si los intereses han de fijarse a posteriori, a través de un cálculo más o menos complicado, o dependiendo del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones o condiciones, cabe la discordia de las partes sobre estos extremos, y era peligroso conceder al vendedor una facultad de resolver por falta de pago de cantidad fijada por él **unilateralmente**; pero si los intereses son una cantidad alzada, añadida al precio según un cálculo hecho por las partes en el mismo contrato, fijando una cantidad o permitiendo fijarla por sencilla operación aritmética, podía admitirse su garantía con «condición resolutoria explícita».

3. Postura de **admisión**.—Pero si se llega a la conclusión de que la resolución deriva del artículo 1.124 CC, que se aplica a toda clase de

obligaciones recíprocas, y que tiene que ser consentida por los interesados o declarada por el Juez, ya no hay obstáculo en su extensión a la falta de pago de los intereses del precio; recuérdese el entronque de la facultad resolutoria con la causa de los contratos y aquel *se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*, del artículo 1.274 CC; el vendedor no ha transmitido la cosa para recibir un precio, sino para recibir precio e intereses, y el fallo en cualquiera de las dos prestaciones frustra el fin perseguido en la compraventa. Esta es actual postura de la Dirección General en muy diversas resoluciones de los años 1990 a 1992 (12); ésta es, en síntesis, su doctrina:

- Es posible «extender la cobertura de la cláusula resolutoria, prevista al amparo del artículo 1.504 CC, a los intereses estipulados como consecuencia del aplazamiento del precio», sin que del silencio del artículo 1.504 CC pueda deducirse la prohibición, cuando la regla general es la de libertad (artículo 1.255 CC), sino, al contrario, la «licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales».
- En la R. 19-2-1990 añade que los principios de determinación y legalidad imponen «que se reflejen con exactitud en la inscripción las fechas de todos los vencimientos mensuales y las cantidades que en cada vencimiento corresponden a principal e intereses»; lo cual resulta desconcertante; porque, si una de las razones para admitir la extensión de la condición resolutoria a la garantía de los intereses es que éstos forman parte del precio y se garantizan como tal, no se entiende por qué se considera ahora esencial la determinación de «las cantidades que en cada vencimiento corresponden a principal e intereses» y no se admiten cifras globales de capital e interés en cada vencimiento, ni se entiende el interés que aquélla precisión pueda tener para los terceros.
- En las posteriores, se añade también que «es indudable la necesaria consignación, en caso de resolución, tanto del precio abonado, como de los intereses satisfechos, pues unos y otros integran la contraprestación del comprador». Esto es absolutamente cierto; lo que no parece necesario es que conste en el contrato de compraventa la obligación de consignar los intereses; porque esa obligación deriva, en el terreno sustantivo del artículo 1.295 CC (*la*

(12) RR. 5, 6 y 7-2-1990, 19-2-1990, 8, 9, 10, 11 y 14-10-1991, 4-5-1992, 1, 4, 5 y 29-6-1992, 6, 9, 10, 11, 13, 14, 16 y 17-7-1992.

rescisión obliga a la devolución [...] del precio con sus intereses) y, en el hipotecario, de artículo 175.6 RH (que exige la consignación de *el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto*) (13).

PEDRO AVILA NAVARRO
Registrador de la Propiedad

(13) Las RR. 19 y 20-7-1994 contemplan sendos casos de compraventa con precio aplazado con intereses y condición resolutoria, en la que se pacta que, en caso de resolución, el vendedor consignará el «precio pagado» en ese momento, con deducción de determinadas cantidades; y admiten que la escritura se «aclare» por otra otorgada unilateralmente por el vendedor, en el sentido de que la consignación comprenderá también los intereses. La exigencia del Registrador de que constase el consentimiento del comprador para la extensión de la consignación a los intereses se califica por la Dirección de «trámites adicionales o desproporcionados con la solicitud realizada por los particulares»; puede dudarse si la cláusula de que deben consignarse los intereses es uno de esos «trámites adicionales», porque, según se ha visto, no resulta necesaria (la consignación se exige por la Ley, independientemente de los pactos de los contratantes); pero, admitido por todas las partes implicadas que lo era, lo que resulta indudable es que la modificación o ampliación del contrato se tiene que hacer por otro contrato, y eso requiere consentimiento de ambas partes; de otra forma, la declaración del acreedor de que consignará en su día unas cantidades u otras será una promesa unilateral y, como tal, revocable hasta la aceptación.