

El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1978 ha vuelto a suscitar una cuestión que parecía definitivamente resuelta por la de 11 de diciembre de 1974. Tal cuestión no es otra que el problema de la inscribibilidad de aquellos pactos que se añaden a una relación contractual creada con carácter temporal, en pretensión de que, cumplido el plazo fijado, se practique en el Registro de la Propiedad la cancelación de la referida relación, por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, que la presume solicitada «por el solo hecho de pedirse la certificación» de cargas «o cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado». Se trata, pues, de una rogación anticipada, a la que podría denominarse «cancelación con petición presunta».

El Notario recurrente—el mismo en las dos citadas resoluciones—va a hacer de nuevo bueno y eficaz nuestro refranero y las máximas que en él se encierran («con el tiempo y una caña...»), pues su constancia (1) ha conseguido lo que parecía imposible: sacar al Centro Directivo de la recta doctrina sentada en la Resolución de 1974, para acoger en la de 1978, justamente, el criterio contrario.

El total giro de orientación lo justifica la última de las resoluciones reseñadas, arguyendo que son diferentes los supuestos contemplados en uno y otro fallo.

(1) A los cuatro años del primer recurso insiste con otro concebido en similares términos.

No existe, a mi juicio, la diferencia que se pretende, al menos con una entidad tal que justifique soluciones tan diversas; antes al contrario, entre los dos casos objeto de debate gubernativo, se aprecia una «identidad de razón», lo que autoriza a proponer para ambos análogos criterios resolutivos.

En el auto presidencial revocado por la Resolución de 1978, se declaró esta semejanza fundamental de supuestos de hecho, que se revela clara sin más que resaltar cómo en ambos casos:

- Se trataba de la compraventa de un piso con precio aplazado representado en letras de cambio.
- Se estipuló que su impago (de cualquiera de las cambiales en un supuesto o de dos en el otro) facultaría al vendedor para resolver la venta.
- Se convino en que esta «condición resolutoria explícita» quedaría «extinguida» por el transcurso de un plazo fijo, contado desde la escritura, «si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución».
- El vendedor prestaba expresamente su consentimiento formal para la futura cancelación, procedente a consecuencia del referido plazo extintivo.
- Tal cancelación se acuerda que será practicada con carácter automático por el mero transcurso del término fijado y en la forma prevenida en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario (rogación presunta por certificación o asiento nuevo).

Que este extracto que acabo de ofrecer se ajusta a los supuestos de hecho tenidos en cuenta por la Dirección General de los Registros y del Notariado, es un dato fácilmente comprobable a través del examen del primero de los resultandos de las dos contradictorias resoluciones sujetas a nuestra consideración, y que paso a transcribir para facilitar su consulta:

Resolución de 11 de diciembre de 1974 (2):

«Resultando que por escritura otorgada en Madrid el 8 de noviembre de 1973 ante el Notario don Roberto Blanquer Ubero, don Manuel Romero Menéndez-Valdés, con el consentimiento de su esposa, doña Enodina F. A., vendió a don Ramón G. L. y a don Valeriano M. D., que compraron por mitad e iguales partes indivisas, un piso en la calle de Puerto Rico, núm. 47, de esta capital, por el precio de 400.000 pesetas, el cual quedó aplazado, estableciéndose lo pertinente en cuanto al vencimiento y pago del mismo, entregando la parte compradora al vendedor 32 letras de cambio representativas de los plazos y vencimientos señalados, y añadiéndose entre otras estipulaciones que la falta de pago a

(2) En adelante Resolución de 1974.

su vencimiento de cualquiera de las letras referidas facultará al vendedor para resolver la venta; que la notificación de usar la facultad de resolver la venta y el transcurso del plazo de quince días naturales de gracia determinará la resolución plena y automática de la venta; que las partes establecen y el vendedor especialmente consiente que la condición resolutoria que respecto a la finca se pacta quede extinguida por el transcurso de treinta y cinco meses a contar de la fecha de la escritura si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución; que el vendedor presta expresamente su consentimiento formal desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria; y que la cancelación se practicaría con carácter automático transcurrido el plazo convenido de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 35 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes» (3).

Resolución de 28 de noviembre de 1978 (4):

«Resultando que por escritura de compraventa autorizada en Madrid por el Notario recurrente el 2 de mayo de 1976, los esposos don Manuel Calatrava Fernández y doña María del Carmen Taibo Rouco vendieron a don Antonio Perales Cebolla determinada finca por el precio de 260.663 pesetas con 20 céntimos, parte del cual quedó aplazado, estableciéndose lo pertinente en cuanto al vencimiento y pago del mismo, entregando la parte compradora al vendedor 38 letras de cambio representativas de los plazos y vencimientos señalados, acordándose en la estipulación tercera de la referida escritura que: la falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de las letras de cambio a que se refiere la cláusula anterior, o la última de ellas, facultará al vendedor para resolver la venta conforme al artículo 1.504 del Código Civil.

La notificación de usar la facultad de resolver la venta y el transcurso del plazo de gracia—de treinta días naturales el primero, el siguiente al de la práctica de la notificación—, que necesariamente concederá la misma notificación, determinará la resolución plena y automática de la venta, el título inscribible será el documento que justifique la notificación, resultando del mismo que tanto las letras vencidas e impagadas, debidamente protestadas, como las letras pendientes de vencimiento en su caso obran en poder del vendedor, y además el vencimiento del plazo de gracia, en unión del título del vendedor, o sea, copia de este instrumento librada para el vendedor o sus causahabientes.

Como pena de indemnización por daños y perjuicios el vendedor tendrá la totalidad de las cantidades recibidas por causa del precio de la venta de la finca y no estará obligado a abonar alguna por impensas, gastos u obras realizadas en la finca, perdiendo el comprador, como consiente desde ahora, todo derecho por dichos conceptos.

Las partes establecen y el vendedor especialmente consiente que la condición resolutoria que respecto de la finca se pacta quede extinguida por el transcurso del plazo de cuarenta y cinco meses a contar desde el día de hoy si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución. También pactan expresamente las partes que la condición resolutoria quede extinguida mediante la justificación del pago de las cambiales reseñadas, lo que acreditará la simple tenencia de las mismas por el comprador, que se hará constar en acta notarial.

(3) Del *Anuario de la D. G. R. y N.* de 1974.

(4) En lo sucesivo Resolución de 1978.

El vendedor presta expresamente su consentimiento formal desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria, bien sea transcurrido el indicado plazo de cuarenta y cinco meses, sin que conste en libros asiento alguno de prórroga convenida o de ejercicio de cualquiera de las acciones y pretensiones que corresponden al vendedor por razón de la venta de dicha finca, bien sea justificando el pago de las letras representativas del precio aplazado por el acta notarial a que alude en el párrafo anterior.

En el primer caso (extinción de la facultad resolutoria por transcurso del plazo convenido) la cancelación se practicará con carácter automático, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes por esta rogación expresa de asiento futuro» (5).

La calificación registral fue en el primero de los recursos la denegatoria, pero sólo en cuanto al pacto relativo a la cancelación por las vías del artículo 355 del Reglamento (6). En el segundo, la nota calificadora es, en principio, más rigurosa, pues se deniegan los contenidos de los tres últimos párrafos del transcrito resultando (7). Posteriormente, en su informe, el Registrador rectifica su calificación, manteniendo la denegación sólo en cuanto al último de los aludidos párrafos (remisión al art. 355), declarando inscribibles los otros dos.

Los dos recursos quedaban así ceñidos al mismo problema, que es el que va a ser objeto de estos comentarios.

El Presidente de la Audiencia, tanto en 1974 como en 1978, confirma las notas calificadoras puestas por los Registradores.

La Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó en 1974 el auto presidencial apelado y la nota de calificación, en tanto que en 1978 los revocó.

Según queda dicho, la fundamental—y al final única—cuestión discutida fue, en ambas resoluciones, la de determinar si era o no inscribible el pacto de invocación al especial régimen cancelatorio previsto por el artículo 355 del Reglamento Hipotecario (8); pero los casos sujetos a recurso plantean una porción de interesantes problemas, tales como:

(5) *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 142, enero 1979, página 179.

(6) Se rechazó, por cuanto tal pacto motivaría en su día una cancelación, sin que ésta pagare el correspondiente impuesto.

(7) Se apreció: 1.º, que iban contra la autonomía de la calificación registral del artículo 18 de la Ley Hipotecaria; 2.º, que pretendían modificar mediante pacto el modo de llevar el Registro; 3.º, que lo que se intentaba es que en su día no se tuviese en cuenta el artículo 254 de la Ley, y 4.º, que eran contrarios a lo declarado en la Resolución de 1974.

(8) Extremo que ante la existencia de sólo dos Resoluciones contradictorias no puede aún estimarse resuelto.

- El de si puede válidamente convenirse el establecimiento de un término fatal para la condición resolutoria expresa que garantiza el precio aplazado en una compraventa (pacto comisorio).
- El de la necesidad o no, y en caso afirmativo, el de la licitud, del consentimiento formal prestado por el vendedor para la futura cancelación del pacto comisorio.
- El de cuál sea el procedimiento cancelatorio adecuado para hacer constar en el Registro la extinción del pacto comisorio ocurrida por el transcurso del tiempo convenido.

De todos ellos paso a ocuparme.

* * *

I. LA SUJECION A UN PLAZO EXTINTIVO DE LA CONDICION RESOLUTORIA EXPLICITA DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL

Aunque pudiera pensarse que la temporalidad es un dato que no resulta ajeno en lo absoluto a las condiciones, como así lo demuestran las referencias contenidas en los artículos 1.117 y 1.118 del Código Civil (condiciones que han de cumplirse en un tiempo o durante un tiempo determinado), ello no es argumento a favor de lo que se pretende demostrar, pues, como acertadamente destaca TIRSO CARRETERO (9), una cosa es la condición cuyo evento está incardinado a un tiempo determinado, y otra bien distinta, la condición que va a extinguirse, con independencia de que se produzca o no el evento, al transcurrir un plazo marcado. Como alega el Notario apelante en la Resolución de 1978, no estamos ante un caso de cumplimiento o incumplimiento de condiciones.

El pacto comisorio crea a favor del vendedor la facultad de ejercer en el futuro una acción resolutoria con carácter real sobre la relación jurídica de compraventa (10).

Tal facultad resolutoria, que compete al vendedor, tiene marcado un tiempo máximo para su ejercicio: el de su prescripción, según señalan los artículos 1.961 y siguientes del Código Civil (11), más allá del cual no puede prolongarse su vida, aunque otros sean los deseos de los interesados.

(9) Comentario a la Resolución de 1974 en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, núm. 508, pág. 656.

(10) Aunque pueda discutirse si el vendedor goza o no por virtud del pacto comisorio de un verdadero derecho real, no se cuestiona que a lo menos ostenta una **facultad resolutoria**.

(11) Plazo a computar desde que la acción pudo ejercitarse (art. 1.969 del Código Civil).

Pues bien, si este límite máximo no puede ser nunca rebasado, nada impide que pueda acortarse por convenio (12), señalándose un plazo extintivo más breve, que ya no podrá decirse que sea de prescripción (13), ni quedará sujeto a las normas relativas a esta última.

Siempre que no exista una disposición legal que se oponga a ello, imponiendo la perpetuidad o la duración indefinida, y que se respeten como techo máximo los plazos de prescripción de las acciones, los interesados en una relación jurídica podrán, porque así lo autoriza el artículo 1.255 del Código Civil, dejarla sujeta a un término extintivo de vigencia.

A solución contraria, al menos respecto del caso que nos ocupa, llega TIRSO CARRETERO (14), oponiéndose a que estas condiciones resolutorias, garantizadoras del pago del precio aplazado en las compraventas, puedan ser atendidas a un plazo, arguyendo en defensa de ello, entre otras cosas, lo siguiente:

1.º Sostener otra cosa equivale a autorizar a los particulares a inmiscuirse en las inscripciones mismas.

2.º Que de otro modo se alejaría a la condición de su causa (la garantía del pago del precio aplazado), con lo que se llegaría, «por los caminos del negocio abstracto, a una cláusula absurda».

3.º Que por su analogía posible con la hipoteca en garantía del precio aplazado, son de ver los grandes problemas que plantea en ésta la extinción de la misma por el transcurso de un plazo fijado.

4.º Que si bien todos los derechos pueden sujetarse a término, en el caso que se examina no estamos ante un derecho, sino ante una condición, que es cosa bien diferente.

El primer reparo no tiene, a mi juicio, razón de ser, pues no se trata de establecer una caducidad de asientos, que es lo que constituiría una verdadera intromisión en la mecánica registral, sino de convenir en una extinción de facultades por el transcurso de un plazo acordado a tal efecto; la cancelación registral de tales facultades habrá de operarse en la forma que disponen la Ley y el Reglamento Hipotecarios, si es que disponen algo al respecto.

(12) RAMÓN BADENES GASSET (*El contrato de compraventa*, Barcelona, 1979, tomo II, págs. 896 y 897) recoge la moderna orientación doctrinal (SABATER TOMÁS) y jurisprudencial (Sentencia de 3 de junio de 1970) que otorga amplio margen al principio de libertad contractual para incidir sobre la regulación del artículo 1.504 del Código Civil, al que ya no se considera precepto de derecho necesario.

(13) La prescripción sólo puede establecerla la Ley y apreciarla los Tribunales.

(14) *Loc. cit.*, págs. 655 y sigs.

No se pretende hacer desaparecer asientos registrales previniendo anticipadamente su cancelación, sino fijar un ámbito temporal determinado para una relación jurídica o parte de ella (como es el caso), y, por ende, tratar de conseguir, una vez ocurrida su desaparición extrarregistral por advenimiento del plazo extintivo, que por la vía que sea procedente (el problema de la elección de vías cancelatorias concretas es algo que más tarde se verá) se cancele registralmente lo que ya está extinguido en la realidad.

En segundo lugar, si se dice que añadir un plazo extintivo al pacto comisorio es alejarlo de su causa—la función de garantía—, no se hace sino oscurecer un punto que se ofreció siempre claro.

La función de garantía nunca puede entenderse desaparecida por el mero hecho de que la figura jurídica que la asume se encuentre atendida, en cuanto a su vigencia, a un plazo determinado. Mientras tal plazo no llega, la función existe y se cumple; transcurrido que sea aquél ni hay función ni figura jurídica que la ejerza. Nunca hubo negocio abstracto.

En tercer término, la posible analogía del pacto comisorio con la hipoteca sólo ocasionaría, en cuanto a la licitud de su sujeción a un plazo resolutorio, dudas razonables, pero nunca llevaría a su rechazo total.

El propio TIRSO CARRETERO reconoce cómo ROCA y GAYOSO admiten la extinción de la hipoteca por expiración de un término convenido, y que lo mismo acepta para el derecho real de prenda ENNECERUS WOLFF.

Es más, aun en el caso de que para la hipoteca todas las posturas doctrinales fuesen contrarias al plazo resolutorio, ello sólo sería un argumento más, y nunca definitivo, para sostener idéntico criterio respecto del pacto comisorio; por cuanto si son evidentes las analogías (función de garantía), son también netas las diferencias entre éste y la hipoteca (requisitos constitutivos, facultades que atribuyen a sus titulares y, más claramente, consecuencias de la ejecución, que en un caso conduce a la resolución del contrato adquisitivo y, en el otro, a la enajenación en subasta del bien gravado).

Por último, TIRSO CARRETERO insiste, según se vio, en que si bien es cierto que los derechos derivados de un contrato pueden ser configurados como temporales, ello no va con la condición resolutoria explícita, que no pasa de ser precisamente eso: una condición, y nunca un derecho.

Razonar así supone, a mi juicio, no reconocer en su importancia las serias dudas que plantea la naturaleza jurídica del pacto comisorio. Respetando las demás, en mi opinión, y pese a que otra cosa pueda indicar su más común denominación—condición resolutoria explícita—, no puede ser considerado tal pacto como verdadera y propia condición (15) de las

(15) No se olvide que en el Derecho Romano clásico, origen del pacto de Ley comisorio, éste nunca pudo calificarse como condición, pues las condiciones re-

regidas por los artículos 1.113 y siguientes del Código Civil, porque ello implicaría su necesaria nulidad como condición puramente potestativa.

El artículo 1.115 del Código Civil señala que «cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula».

El pacto de *Lex Commissoria* ofrece un constatable aspecto potestativo, que se manifiesta doblemente:

- En lo que se refiere al cumplimiento del evento, no cabe duda de que el pago o impago del precio aplazado es un hecho sujeto a la exclusiva voluntad del deudor, sin que el dato de que puedan pagar otros interesados en la obligación altere el carácter potestativo que se predica.
- En lo que alcanza a la producción del efecto resolutorio, suele ya reconocerse sin objeciones que impagado el precio aplazado, puede el vendedor optar por la resolución o por el cumplimiento de la obligación de pago.

Pues bien, si esta última faceta de voluntariedad no afecta a la validez de ninguna condición (CASTÁN y ROCA) (16), la destacada en primer lugar sí ocasiona la nulidad prevista en el reseñado artículo 1.115 del Código Civil.

Comprendiéndolo así, el artículo 1.504 del Código Civil, regulador del pacto comisorio, se ha abstenido de hacer referencia alguna al término condición.

La propia Ley Hipotecaria, pese a aceptar la locución criticada (17), que debería ser sustituida por la más adecuada de convenio resolutorio, o la de mayor raigambre histórica del pacto comisorio, muestra a las claras que una y otra figura no deben ser confundidas, desde el punto y hora en que las propias condiciones tienen una regulación general en los artículos 23 de la Ley y 56 del Reglamento, en tanto que el pacto de *Lex Commissoria* se rige por preceptos especiales, cuales son los artículos 58 y 59 de dicho Reglamento.

solutorias no estaban admitidas. Modernamente, IRURZUM («La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en *Revista Internacional del Notariado*, 1961, núm. 52, páginas 43 y sigs.) se opone a la configuración del pacto como verdadera condición resolutoria.

(16) *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo II, págs. 794 y sigs.

(17) El artículo 11 de la Ley habla de la «condición resolutoria explícita», debido sin duda al extraordinario peso que la doctrina y la jurisprudencia posteriores al Código han supuesto para implantar tal denominación. La Resolución de 8 de enero de 1921 reconoce que es una «terminología poco recomendable» (primer considerando).

En efecto:

Pagado el precio aplazado, es decir, cuando la resolución es imposible que acontezca, es el artículo 58, según pone acertadamente de manifiesto CAMY (18), el que marca el procedimiento a seguir. Basta, pues, hacer constar por nota marginal la entrega de dicho precio aplazado para que el pacto comisorio quede extinguido; sin precisarse, como señala aquel autor, un propio asiento cancelador ni una especial capacidad cancelatoria. Son documentos hábiles para ello, tanto la escritura como el acta notarial que acredite aquel pago (19).

Impagado el precio que se dejó aplazado y ejercitada la resolución, el precepto a aplicar sigue siendo uno especial para el caso, el artículo 59 del Reglamento, y no los generales de las condiciones. En su consecuencia, lo procedente en tal supuesto es «verificar la nueva inscripción a favor del vendedor» (20), siendo documentos precisos para ello, según apunta CAMY (21), los siguientes:

- La escritura por la que el vendedor adquirió la finca, después de vendida con pacto de *Lex Commissoria* (art. 59).
- La notificación notarial o judicial hecha al comprador, en la que conste la voluntad del vendedor de dar por resuelta la venta (artículo 59).
- El documento que acredite el reglamentario depósito de los plazos ya percibidos por el vendedor, si otra cosa no se hubiese estipulado (22), y sin perjuicio, en todo caso, de las deducciones que procedan (art. 175, regla 6.ª, del Reglamento).
- La oportuna solicitud, en virtud del principio de rogación, para que se inscriba la finca a favor del vendedor (23).

(18) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 2.ª ed., vol. II, pág. 572.

(19) Así se convino en el caso de la Resolución de 1978 la presentación del acta notarial acreditativa de estar en poder del comprador los efectos cambiarios librados. ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo II, pág. 821) y CHICO ORTIZ (*Teoría práctica y fórmula de la calificación registral*, pág. 423) admiten sin problemas el acta notarial cuando el precio aplazado esté representado por letras de cambio, exigiendo en otro caso la correspondiente escritura pública para proceder a la cancelación del pacto comisorio.

(20) Y no «a favor de quien corresponda», como señala el genérico artículo 23 de la Ley, relativo a las condiciones.

(21) *Ob. cit.*, pág. 574.

(22) Así la Resolución de 3 de junio de 1961. Esa estipulación en contrario viene a constituir una especie de cláusula penal (ROCA) o indemnizatoria moderable por los tribunales (Sentencia de 13 de marzo de 1964).

(23) En mi opinión, estos requisitos documentales no pueden ser alterados por convenio entre partes, por ello estimo en tal punto incorrecta, en el caso planteado en la Resolución de 1978, la interpretación que los contratantes hacen del artículo 59 al entender que el «título del vendedor» al que el precepto se refiere es la propia escritura de venta con pacto de Ley comisorio, y no, como sería lo

En resumen, el pacto comisorio, pese a sus evidentes analogías con la institución de las condiciones, no puede ser plenamente asimilado a ellas, y por ello, los manifiestos problemas que plantearía la temporalidad en la propia condición resolutoria, no pueden ser invocados cuando se trata de una figura autónoma y diferente, como es nuestro caso, según he intentado demostrar (24).

Superados los obstáculos que se oponían a ello, la posibilidad del pacto de *Lex Commissoria* temporal debe ser aceptada.

En los dos recursos objeto de este comentario, los Registradores calificantes así lo entendieron, manifestando el primero de ellos en su informe que «no se han puesto defectos a la condición resolutoria, sino sólo al automatismo de la cancelación» (25).

A mayor abundamiento, y no obstante no ser materia debatida, pues se inscribió, la Resolución de 1978 confirma en sus considerandos este extremo, declarando expresamente la licitud y validez del convenio por el que se sujeta el pacto comisorio a un término extintivo.

II. PROCEDIMIENTO CANCELATORIO

Llegado el término que de antemano se fijó para la vigencia del pacto resolutorio, éste quedará extinguido (26) y se cancelará siempre, claro está, que no conste previamente en el Registro tal extinción (bien por el pago del precio aplazado o bien por haberse ejercitado la resolución) ni figure practicado algún asiento que lo impida como sería el de una prórroga del plazo extintivo convenido. El pacto convendría que sentase con claridad estos datos. No debe, pues, prescindirse de lo que figure en el Registro (27).

adecuado, la escritura por la que el hoy vendedor adquirió la finca, según acertado criterio DE LA RICA (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 2.^a Parte, página 93).

(24) Un argumento más a la hora de justificar la separación que se patrocina radica en la notificación notarial o judicial que es de esencia al efecto resolutorio en el pacto comisorio, y perfectamente extraña al propio efecto derivado de las condiciones. En un paso más, señala IRURZUM, que es precisamente esta necesidad de notificación la que pone de relieve que falta en el pacto comisorio el automatismo propio de la condición resolutoria.

(25) Resolución de 1974.

(26) En las escrituras objeto de los dos recursos que comento, las partes expresamente estipularon esta extinción.

(27) Por ello es criticable el caso contemplado en la Resolución de 1974, en el que se acordó la extinción del pacto pasado el tiempo convenido «si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución», sin precisar, como ya se hace en el de la Resolución de 1978, que ello será si «no consta en el Registro» aquel ejercicio.

Transcurrido el plazo extintivo convenido sin haberse ejercitado la resolución, el pacto de *Lex commissoria* quedará civilmente extinguido.

Si pasado dicho plazo no consta en el Registro el ejercicio de la facultad resolutoria, el pacto en cuestión—con independencia de que exista aún civilmente—hipotecariamente podrá darse por fenecido, pero no porque se presuma que no se ejercitó la resolución, sino porque es postulado indiscutible el de que los hechos negativos no admiten prueba. Al comprador o titular registral, solicitante de la cancelación del pacto comisorio, no puede pedírsele la demostración de un extremo imposible de acreditar, cual es el de que no fue ejercitada la facultad resolutoria.

Aunque otra cosa pudiera pensarse, no se trata aquí de una extinción de asientos registrales, sino de un perecimiento—razonablemente presumido—de derechos o situaciones jurídicas que exige, para poner acordes Registro y realidad, el que sean cancelados los asientos donde consten tales situaciones.

La cancelación registral del pacto de ley comisorio se produce en razón a una presunta extinción previa del mismo, y cuya causa radica en el transcurso de su término de vigencia convenido sin que conste su ejercicio. Existe una presunción de extinción que *inter partes* tendrá la fuerza de una *iuris tantum* (art. 97 de la Ley Hipotecaria), convirtiéndose en absoluta, o *iuris et de iure* para los terceros que contraten con los requisitos legales, sobre la finca o derecho, una vez cancelado aquel pacto comisorio (art. 37 de la Ley Hipotecaria) (28).

Vengo insistiendo en que en estos casos no estamos ante una caducidad de asientos, sino en presencia de una extinción de derechos, porque, como antes se dijo, y después se reiterará, lo primero queda fuera del ámbito de acción de la voluntad privada.

La cancelación se produce aquí cuando el pacto comisorio puede suponerse lógica y racionalmente extinguido; cuando todas las pruebas aportables así lo acrediten.

Si se dijera que esto es caducidad de asientos, en razón a que el derecho cancelado puede continuar existiendo en la vida extra-registral (si la resolución se ejercitó, pero no llegó aún a reflejarse en el Registro), ello supone desconocer la naturaleza de toda cancelación por extinción del

(28) Para los que contrataron antes de la cancelación del pacto, es decir, durante su vigencia, no puede sostenerse igual criterio si con posterioridad, y por su cancelación, se ven libres de la amenaza resolutoria que supone. Quien contrató sujeto a una posible resolución que constaba en los libros registrales, carecía de la buena fe inicial imprescindible para la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y por ello la presunción extintiva del artículo 97 de la Ley Hipotecaria sólo actuará para él con fuerza *iuris tantum*, quedando afectado desde luego por la posible pervivencia del pacto, pese a los negativos contenidos registrales.

derecho registrado. El mencionado tantas veces artículo 97 de la Ley Hipotecaria sólo fija la presunción general ya vista sobre una acertada doble base:

1) Las dificultades que presenta la prueba plena de la extinción de los derechos; y 2) lo limitado del procedimiento registral.

Con la visión que proporcionan estas ideas previas, resulta más seguro el examen de la cuestión que he planteado en este epígrafe: ¿Cuál es la idónea vía cancelatoria del pacto de resolución una vez concluido su plazo de vigencia?

Este es el abanico de posibilidades que se ofrece:

A) La cancelación automática del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

B) La de constatación del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones del artículo 23 de la Ley.

C) La nueva vía del artículo 177 del Reglamento Hipotecario.

A) El auto presidencial apelado en la Resolución de 1974, recogiendo la tesis mantenida por el Registrador en su informe, estimó que el procedimiento a seguir no era otro que el previsto en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y su concordante párrafo 1.º del artículo 174 del Reglamento.

El de estos preceptos se trata de un procedimiento que no requiere del consentimiento del titular registral ni de la resolución judicial.

Está arbitrado para «cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva» (art. 82).

La cancelación sólo exige la oportuna solicitud al Registrador (principio de rogación contenido en los arts. 6 y 79 de la Ley) y la presentación de la correspondiente escritura, acompañada, si la extinción no resulta de ella, del documento fehaciente que acredite tal extremo (art. 174).

De todo lo dicho resulta que el consentimiento expreso prestado por el titular, registral, en nuestro caso el vendedor, para la cancelación futura, no es preciso en la mecánica del artículo 82, párrafo 2.º (29), precepto que precisamente es encuadrado por la doctrina, en las que clasifica como cancelaciones «sin el consentimiento de su titular» (30), a fin de diferenciarlas de las demás cancelaciones que se extienden «con» o «contra» aquel consentimiento. Ocurre además, y pese a la innecesidad

(29) Sobrarían así las prevenciones que sobre tal consentimiento cancelatorio expreso se contienen en los dos casos resueltos por las Resoluciones de 1974 y 1978.

(30) Esta dispensa de consentimiento se contiene en el propio precepto hipotecario. «Podrán, no obstante, ser cancelados sin dichos requisitos...»

de tal consentimiento, que éste podría entenderse ya prestado—en forma tácita—en la misma escritura de compraventa al convenir en el sometimiento de su facultad resolutoria a un plazo extintivo (31). Justamente por ello habrá de entenderse superflua una nueva declaración expresa de consentimiento en tal sentido.

Ello no obstante, esta cancelación por la vía del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley, que ROCA (32) denomina automática y que no es, pues, tan automática como a primera vista pudiera parecer, viene siendo considerada como el expediente más correcto para proceder en los casos de cancelación del pacto comisorio por vencimiento del plazo; pero no es así, porque:

1.º En los preceptos de referencia (arts. 82 y 174) se alude a «derechos extinguidos», y no puede decirse que el pacto comisorio engendre un verdadero derecho (al menos ello es discutible); pues, en mi opinión, no implica sino una mera facultad: la de resolver el derecho nuevo de otro para hacer revivir el antiguo propio. Como dice IRURZUM (33), el pacto genera en favor del acreedor insatisfecho «un poder privado de resolución que se hace efectivo por medio de una declaración unilateral recepticia».

2.º Los casos de cancelación automática o por la vía del artículo 82, párrafo 2.º, basta si no echar una ojeada a los numerosos que cita ROCA (34), son, o al menos pueden ser, objeto de inscripción separada y especial, y es por ello por lo que el referido precepto habla de «derecho inscrito o anotado». Esto no ocurre en el caso que se examina, pues el pacto comisorio no puede constituir contenido de un autónomo asiento de inscripción o anotación, siendo sólo un accesorio o accidente del contrato de compraventa, que es realmente el verdadero objeto del asiento.

3.º Hay, por último, una cuestión formal. Los preceptos reguladores de la mal denominada cancelación automática no resuelven el problema del asiento a practicar en los casos de referencia; si uno principal de cancelación, o una sencilla nota marginal cancelatoria.

Reconociendo la limitada trascendencia de este último reparo por su carácter meramente adjetivo, lo cierto es que, unido a los otros, motiva la conclusión de que la vía del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley no es un camino exento de obstáculos. Vale entonces la pena seguir inda-

(31) Así, ROCA SASTRE en *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., vol. III, nota al pie de pág. 93.

(32) Obra y edición citadas, íd. vol., pág. 89.

(33) Cfr. BADENES GASSET en *Contrato de compraventa*, Barcelona, 1979, página 884.

(34) *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo III, pág. 94.

gando a fin de descubrir otros que no los tengan o los ofrezcan menos acusados.

B) El procedimiento regulado para hacer constar en el Registro el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones.

Aparece recogido en los artículos 23 de la Ley y 56 del Reglamento.

Tampoco precisa este especial procedimiento de la prestación anticipada y expresa de un consentimiento formal cancelatorio hecha por el titular, entre otras cosas porque las condiciones en general, por no ser auténticos derechos, carecen de un titular a cuyo favor aparezcan registradas y que deba por ello consentir su cancelación.

Respecto de la procedencia o no de esta vía para aplicarla al caso que nos ocupa, en mi criterio se impone su rechazo por cuanto:

1.º Ni el pacto comisorio, como se ha visto, puede ser plenamente identificado con las condiciones resolutorias.

2.º Ni la documentación exigida para éstas—documento justificativo del evento en que la condición consista—procede mantenerla en el caso que se examina, y viceversa.

3.º Ni, por último, y como también ya se indicó, se trata aquí de cumplimiento o incumplimiento de condición, sino de extinción de una facultad por el mero transcurso de su lapso extintivo.

C) No sirviendo las anteriores vías cancelatorias para nuestro caso (35), se impone buscar entonces un procedimiento nuevo y fijar cuál sea el asiento a formalizar, así como los requisitos precisos para ello.

En primer lugar, y por no estar comprendido en el supuesto legal de excepción, habrá que considerar el caso como sujeto a la regla general del artículo 82, párrafo 1.º, de la Ley, que exige para la cancelación el consentimiento del titular o la resolución judicial.

Con razón se dice en la Resolución de 24 de abril de 1936 que la cancelación automática (sin consentimiento del titular registral) tiene carácter excepcional, y su aplicación no puede pretenderse extenderla a casos no previstos.

La cancelación que se ha de practicar precisa, pues, del consentimiento del titular de la facultad resolutoria, que si bien es cierto podría entenderse ya prestado por el hecho de convenir en el plazo extintivo (36), por las dudas que pudiera ocasionar tal interpretación, se hace conveniente, en grado sumo, que el anticipado consentimiento del vendedor a la cancelación futura conste de un modo expreso.

(35) Lo cual es lógico, habida cuenta de que, por su novedad, es una figura que no pudo conocer el legislador hipotecario.

(36) Así, Roca, según se vio.

En los dos casos objeto de las resoluciones que se comentan se tuvo presente esta conveniencia—prácticamente necesidad—de la explícita prescripción del consentimiento formal cancelatorio.

Para alejar dudas, la Resolución de 1978, pese a no ser cuestión objeto de recurso, declaró la validez y eficacia de tal consentimiento anticipado.

En cuanto a la clase de asiento a practicar, así como los requisitos y documentación precisa para ello, es éste un problema que magistralmente resolvió la Resolución de 1974 y que es de lamentar no haya sabido apreciar en todo su valor la de 1978, en la que se ignora lo declarado por aquélla.

En efecto, la citada Resolución de 1974 estableció en su penúltimo considerando cómo

«... si se examina la *esencia* del pacto escriturado, al consumarse la adquisición del derecho por el cumplimiento de la condición, son los artículos 23 de la Ley y 56 y 177 de su Reglamento los que establecen el procedimiento y forma de hacer constar en el Registro esta circunstancia, y por cierto de manera diversa a la señalada en el pacto».

Pone de manifiesto TIRSO (38) la imprecisión en la que incurre este párrafo al aludir al «cumplimiento de la condición», cuando debiera haberse referido al «incumplimiento de la condición», a no ser que quisiera decir «cumplimiento del plazo». Es esto último, a mi juicio, lo más acertado.

Ante lo desproporcionado que resultaría practicar un principal asiento de cancelación, la Dirección General está acertada al acudir a los artículos 23 de la Ley y 56 de su Reglamento, y no porque se trate aquí de algo similar a lo previsto en tales preceptos, sino porque ellos contienen una nota marginal, cuyo sentido formal cuadra en lo esencial con lo que ahora se quiere hacer constar.

Respecto al punto de cuál sea la documentación precisa para la práctica de dicha nota, la supradicha resolución vuelve a estar en línea de aciertos al indagar y encontrar la adecuada respuesta en una norma como la del artículo 177 del Reglamento, relativa al pacto de retroventa, y que, con todas las diferencias que se quiera, guarda, como apunta BISCARDI (39),

(37) Por otro lado, la actuación de referencia ayudará además a resolver los problemas que la aplicación del artículo 58 del Reglamento, al hablar de «interesados» que han de pedir la nota marginal de entrega de precio aplazado, puede plantear en cuanto a que la petición se formule por uno solo—en nuestro caso el comprador—, si bien acreditando el pago mediante el acta notarial de tenencia de las cambiales representativas del precio aplazado.

(38) Lugar citado, pág. 652.

(39) Cfr. ROCA: *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed., tomo II, pág. 808.

una evidente similitud con el caso que se examina (si se considera en su «esencia», como dice el considerando antes transcrito).

Conforme a tal precepto la cancelación requiere:

1.º «La conveniente petición al Registrador.»

2.º La presentación del «título que produjo la inscripción, aunque no sea la misma copia inscrita». De esta última dispensa se deduce que la presentación del título tiene aquí mucho menos rigor que la prevista en el párrafo 1.º del artículo 174 del Reglamento, en el que la «misma escritura» inscrita va a ser el verdadero título cancelatorio.

3.º Que no «exista en el Registro asiento alguno que indique la resolución, rescisión o modificación del contrato de venta».

4.º Y, por último, que hayan transcurrido «los ocho días siguientes al término estipulado» para la extinción del pacto comisorio.

Pese a las dudas que ello pueda ocasionar, entiendo que aún este plazo de ocho días es un dato del precepto que ha de ser observado (40), por cuanto constituye la garantía de un íterim razonable y sumamente conveniente, al objeto de cubrir la posible contingencia de que el derecho a la resolución se hubiese ejercitado en tiempo y forma, pero aún no hubiera podido materialmente tener acceso al Registro por ejercitarse en los últimos días de vigencia del pacto comisorio.

No obstante, no ha de verse reparo alguno en que los interesados, por pacto expreso, puedan excluir ese término de gracia (41).

La Resolución de 1974, al arbitrar para el caso que centra nuestra atención, y que no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento, un procedimiento cancelatorio nuevo, consistente en la aplicación de los citados artículos 23, 56 y 177, puede encuadrarse en el campo de la Jurisprudencia creadora, dotada de un valor mucho más significativo del que le concede la Resolución de 1978, que a pesar de que en apariencia la respeta, en el fondo viene a colocarla en serio entredicho.

Pese a todos los pronunciamientos de la última Resolución, que, como después se verá, no son tan claros como a primera vista pudiera inferirse, soy de la opinión de que el recto y adecuado procedimiento cancelatorio sigue siendo el que marca la tan reiterada Resolución de 1974; y todo pacto tendente a alterarlo, sustituyéndolo por otro diferente, supone «pretender modificar mediante convenciones particulares el modo de llevar el Registro» (42).

(40) La Resolución de 1974 no contiene salvedad alguna en cuanto a la aplicación del artículo 177.

(41) Al parecer éste es el deseo de las partes en el caso de la Resolución de 1978.

(42) Así en la Resolución de 1978 lo expresaba el Registrador en su nota calificadora.

III. Con tales antecedentes holgaría plantear la siguiente cuestión, pero como quiera que fue en realidad el objeto central de los dos recursos comentados, no queda otro remedio que abordarla; y así, ¿es lícito que en la escritura de venta se convenga que el pacto comisorio, por el transcurso del tiempo fijado para su extinción, pueda y deba ser cancelado «bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario»? (43).

Es posible que en el ánimo de la Resolución de 1978, en la que se admitió la inscripción de tal cláusula, pesase en demasía un equívoco argumento manejado con habilidad de maestro por el Notario recurrente.

Señala en su informe dicho fedatario que «resulta incongruente que se haya inscrito la parte sustantiva de la estipulación (el pacto comisorio sujeto a un plazo extintivo) y se haya denegado la aclaratoria o formal» (la determinación de su vía cancelatoria) (44).

TIRSO CARRETERO (45) se hace eco de este razonamiento y lo magnifica con comentarios favorables, pero lo sorprendente es que si defiende esa íntima conexión entre lo sustantivo y lo formal sea para obtener la conclusión contraria a la pretendida por el Notario patrocinador de tal idea. En efecto, sostiene TIRSO que no es válido el pacto comisorio que se somete a un plazo extintivo, y en su consecuencia tampoco lo será el convenio por el que se acuerda su forma de cancelación, porque siendo nulo lo sustancial, también lo ha de ser indefectiblemente lo formal o aclaratorio.

La Resolución de 1978 parece, como he dicho, haber sufrido el peso de la influencia de ese modo de razonar que conecta de forma inseparable los dos aspectos, sustancial y adjetivo, señalados (46); y ante la inviabilidad de la tesis de TIRSO CARRETERO (47), habida cuenta de que el pacto podía considerarse ya con arraigo doctrinal suficiente y basado desde luego en atendibles razones—según antes he intentado exponer—, la Dirección General se inclina por la licitud de la cuestión sustantiva y consecuentemente la de su accesoria: la procedencia de la vía cancelatoria escogida.

Se ha caído una vez más en el señuelo dando por bueno un argumento artificioso. En igual modo que los particulares no pueden escoger

(43) Así del primer resultando de las dos Resoluciones.

(44) Resolución de 1974.

(45) *Ob. cit.*, pág. 650.

(46) Basta leer sus considerandos 5.º, 6.º y 7.º para convencerse de ello.

(47) No ha de olvidarse que el excelente comentario de TIRSO se publica en la *Revista Crítica* de mayo-junio de 1975, y que una cuestión en gestación como es la que nos ocupa sufre en relativamente cortos espacio de tiempo extraordinarios cambios de orientación.

el tipo de procedimiento judicial al que van a quedar sometidas sus cuestiones litigiosas, ni ante un caso nuevo, carente de normativa, pueden elegir la clase de proceso que les cuadre; habrá de sostenerse que los interesados en un derecho extinguido tampoco pueden optar a su arbitrio por cualquiera de los procedimientos cancelatorios que el Ordenamiento Hipotecario recoge.

Cuando un derecho o situación inscrita quede extinguido, el artículo 97 de la Ley señala que «podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso», su cancelación; pero no se limita a tal declaración genérica nuestra legislación hipotecaria, sino que en ella se establecen y regulan los distintos procedimientos a tal objeto (48), como garantía de que el funcionamiento del Registro y la función y actividad del Registrador van a quedar exclusivamente sujetos a la potestad legal y reglamentaria—que será justamente lo que proporcione seguridad a su actuación—y jamás a la discreción o arbitrio de los particulares.

Extinguido un derecho procede, desde luego, su cancelación, pero no por el procedimiento que escojan los interesados, sino por el idóneo para ello.

Con estas precisiones de carácter general podemos ya enfrentarnos concretamente al tema de la aplicabilidad o no del artículo 355 del Reglamento al caso de que se trata en este comentario. Para ello, será preciso determinar previamente el ámbito propio de acción del mencionado precedente, a fin de decidir si dentro de él se comprende o puede comprenderse sin graves obstáculos nuestro particular supuesto:

a) De la relación de «cancelables» que realiza el artículo 355 (49) se induce que el precepto se refiere no sólo a derechos extinguidos. En efecto, se habla de menciones y derechos personales, y si es cierto que tanto unas como otros deben ser cancelados (art. 98 de la Ley), ello lo es con total independencia de que estén o no previamente extinguidos. No procede en estos casos aplicar la presunción del artículo 97 de la Ley, pues ni la especial cancelación que se practica se basa en un anterior fenómeno extintivo según se ha reiterado, ni la salvaguardia judicial y las presunciones de que gozan los asientos registrales—limitadas, por disposición del párrafo 3.º del art. 1 de la Ley, a «cuanto se refiera a los derechos inscribibles»—pueden ser predicadas respecto de aquellos contenidos que son ajenos a la publicidad registral.

b) La norma reglamentaria se refiere, de otro lado, a derechos «que hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». No

(48) Título IV del Reglamento Hipotecario. Artículos 173 y sigs.

(49) «Menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.»

alude para nada, y por ello ha de entenderse que no los comprende, a los que caduquen por la voluntad de los particulares que los engendraron a la vida jurídica.

Esta exclusión fue destacada por la Resolución de 1974, en cuyo cuarto considerando se dice que el artículo 355 es norma...

«Que únicamente cabe aplicar a los supuestos concretos a que se refiere, sin que por una interpretación extensiva pueda ampliarse su campo de aplicación a casos no comprendidos, como sucede con el examinado en este recurso, en que la caducidad del derecho que en su día se pretende sea cancelado tiene lugar por voluntad de las partes y no con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, tal como establece el mencionado precepto legal.»

c) El artículo 355 tiene, por último, un indudable carácter excepcional.

El mismo considerando anteriormente transcrito reconoce expresamente en su primer inciso esta excepcionalidad, que descansa no sólo en su especial ámbito—según se ha tenido oportunidad de ver en los dos apartados inmediatamente anteriores—, sino en otra porción de extremos, entre los que destacan:

Uno. La quiebra, o mejor especialísima aplicación, del principio de rogación; al presumirse solicitada la cancelación por el sólo hecho de pedirse una certificación o la extensión de un nuevo asiento relativo a la finca o derecho.

Dos. El singular asiento cancelatorio a practicar. Basta una nota marginal canceladora.

Tres. Los especiales requisitos documentales exigidos para la cancelación que se traducen en una práctica ausencia de tal documentación.

Cuarto. Lo limitado que resulta el principio de calificación. El Registrador, en los casos del artículo 355, ha de ceñirse a examinar si se está o no ante uno de los supuestos en él enumerados para extender sin más trámite calificador la nota cancelatoria.

Cinco. Por último, es de resaltar la excepción (50) que el artículo que se comenta supone al 254 de la Ley Hipotecaria.

Interesa examinar, punto por punto, los reseñados.

UNO

El procedimiento registral, tanto positivo (inscribitorio) como negativo (cancelatorio), está regido por el principio de rogación. Salvo casos excepcionales, la actuación del Registrador nunca se produce de oficio.

(50) O si se quiere, extraordinaria interpretación.

No escapan a este principio los casos del artículo 355. En efecto, el artículo 98 de la Ley, para los derechos personales, menciones y legados, y el párrafo 2.º del artículo 86 de la misma, para las anotaciones preventivas caducadas, precisan que su cancelación se hará «a instancia» de parte.

El artículo 355 del Reglamento—que no podía ignorar las prevenciones de la Ley, y menos derogarlas—no hace sino matizar aquella exigencia rogatoria, presumiendo solicitada la cancelación con ocasión de ciertas actuaciones (certificación o nuevo asiento).

No se produce, pues, en los supuestos previstos en el precepto reglamentario una quiebra total del principio de rogación, pero sí una interpretación del mismo tan singular y especialísima, que de no autorizarla y contenerla expresamente aquella norma, no cabría en modo alguno estimarla procedente.

Lo que ahora sigue no tiene otro objeto que insistir en las razones de tal improcedencia.

La finalidad implícita, pero no por ello menos clara, del artículo 355 es la de que no se viertan en una certificación de cargas contenidos extraños al Registro o legalmente ya desaparecidos, así como que tampoco se arrastren los expresados contenidos en los asientos que en lo sucesivo se practiquen en los folios destinados a recoger el historial jurídico de la finca.

Sólo mediante la atribución de tal finalidad alcanzan su plena justificación los dos siguientes extremos, de otro modo ininteligibles:

- Cualquiera que sea la persona que, mostrando un interés legítimo, solicite la certificación de cargas procederá aplicar el efecto cancelatorio del artículo 355.
- Sea cual sea el tipo de asiento que haya de practicarse—una simple anotación preventiva—habrá que sostener igual aplicabilidad.

No es preciso, en efecto, que la certificación sea pedida por el titular registral para proceder a la cancelación; es más, la regla general es que tales certificaciones son expedidas a instancia de los acreedores del titular inscrito.

Tampoco se requiere, de otra parte, que el nuevo asiento sea uno de inscripción y se produzca en virtud de un título dimanante de la facultad dispositiva del titular registral.

En resumen, siempre que se realice un serio examen del estado de cargas de una finca, procederá la cancelación prevista en el artículo 355; y precisamente por falta de esa seriedad o garantía, las simples notas informativas no viabilizan lo prevenido en tal precepto.

Pues bien, teniendo presentes todos los anteriores datos, volvamos a

nuestro caso. En él, comprador y vendedor acuerdan que en el futuro, al solicitarse una certificación o un asiento, se le presuma que instan asimismo la cancelación del pacto comisorio. Esta pretensión, que de por sí ya conduce a un resultado injusto, al obligar al Registrador a un extraordinario examen de los asientos (51), resulta además perturbadora por cuanto supone atribuir desproporcionados efectos a la voluntad particular.

En efecto, si la certificación o el asiento futuros se libra o practica a instancia de persona distinta a las que intervinieron en el primitivo pacto cancelatorio (comprador y vendedor), y puesto que como antes he resaltado tal extremo no obsta para la aplicación del artículo 355, resultará:

- O bien que el pacto convenido por éstos tiene fuerza para inmiscuirse en la futura voluntad de los terceros, a los que por ello ha de presumírseles la solicitud de la cancelación con ocasión de formular la otra (certificación o asiento).
- O que la cancelación, lejos de ser instada por los terceros, ha de entenderse pedida en todo caso por los primitivos contratantes (comprador y vendedor), que dejaron su solicitud cancelatoria ya formulada y en suspenso, de tal modo que la rogación ahora efectuada por aquellos terceros no hace sino activar dicha solicitud. En síntesis, la petición cancelatoria se sujeta a un plazo suspensivo (antes del vencimiento no puede pedirse) y a un evento futuro e incierto (certificación o asiento).

Si la primera inteligencia es rechazable por cuanto los contratos sólo obligan *inter partes* (art. 1.257 del Código Civil), no alcanzando a vincular a terceros, la segunda es retorcida en demasía.

Por eso acierta, a mi juicio, otra vez la Resolución de 1974 cuando en su penúltimo considerando indica «que tampoco parece que pueda tener acceso al Registro la cláusula discutida al amparo de una anticipada petición de cancelación, pues... ello supondría una extraña anomalía respecto a la forma en que aparece regulado el principio de rogación en las disposiciones legales...».

Concluyendo, la solicitud presunta que envuelve el artículo 355 del Reglamento Hipotecario no puede ser conseguida por los particulares a través de un pacto tendente a ello.

(51) Solicitándose una anotación preventiva, y constando en el anterior asiento de dominio, arrastrado un pacto comisorio, se obliga al Registrador a remontarse hasta el asiento en el que conste tal pacto a fin de constatar si es uno de los que tienen plazo extintivo y cláusula cancelatoria, para proceder o no a su cancelación.

DOS

Es regla común la de que toda anotación preventiva se cancela por virtud de otra nueva anotación preventiva, y toda inscripción lo es a través de un asiento principal de cancelación.

El artículo 355, con las bases que le proporcionan los artículos 188 y 206, apartado 13, todos del Reglamento, determina que el asiento a practicar en los casos en él comprendidos es el de nota marginal. Está aquí el Reglamento Hipotecario decidiendo sobre una cuestión formal o de procedimiento registral en la que no debe permitirse que tenga parte, aunque sea mínima, la voluntad de los particulares.

TRES

El tan reiterado artículo 355 dispensa de toda documentación en lo referente a la cancelación a practicar. No se requiere instancia, pues no hay rogación expresa, ni se precisa el título que causó la inscripción. Tal dispensa o relevación que debe aceptarse cuando a virtud de tratarse de especiales supuestos lo establece así una norma, no es nunca tolerable cuando se contiene en una voluntad particular, so pretexto de una alegada pero dudosa analogía entre el caso concreto y los dispensados por la norma.

Esta tesis negativa que preconizo es, por otra parte, la más acorde con la exigencia contenida en el artículo 99 de la Ley, que al imponer a los Registradores la obligación de calificar «bajo su responsabilidad la legalidad de los documentos en cuya virtud se soliciten las cancelaciones», constriñe a aquel funcionario a exigir los documentos precisos en cada caso, sin exonerar de la presentación de ninguno de los preceptuados, como soporte imprescindible a fin de discernir su legalidad.

CUATRO

La disposición del artículo 355 contiene en su espíritu un serio recorte a la función calificadora del Registrador en lo que a la cancelación a practicar se refiere.

En efecto, el principio calificador sufre, por aplicación de tal precepto reglamentario, restricciones tanto en su aspecto material o sustantivo, como en el formal.

Desde el primero de los puntos de vista, es de observar cómo resulta imposible calificar la legalidad de los documentos mediante los que se

solicita la cancelación, por cuanto tales documentos no existen, según ya tengo indicado.

Igualmente, tampoco puede ser examinada la capacidad de los otorgantes de aquellos documentos o solicitantes de la cancelación, tal y como impone el artículo 99 de la Ley, por la sencilla razón de que no hay propiamente solicitantes, y si aún se considerase que si existen tales personas, identificándolas con las que piden la certificación, tal suposición no es congruente, pues ni puede pretenderse que el Registrador se niegue a expedir la certificación solicitada por entender que el que la insta no es capaz para obtener las cancelaciones a practicar (52), así como tampoco —al menos, así parece deducirse de la generalidad con que está concedido el artículo 355— sería factible para el Registrador (53) expedir la certificación, aunque sin efectuar las cancelaciones procedentes, por estimar falta de capacidad en el solicitante.

Desde la óptica estrictamente formal, la limitación más grave e importante que sufre el principio calificador, por causa del citado artículo 355, radica en el plazo para calificar. El plazo ordinario para la técnica función calificadora y la normal extensión de los asientos (artículo 97, 1, del Reglamento Hipotecario y Resolución de 24 de enero de 1950) o, en su defecto, de la nota de calificación, que suspende o deniega la operación solicitada (Resolución de 26 de septiembre de 1979) (54), es el de treinta días, que, a juicio de ROCA (55), habrán de ser hábiles y sujetos al cómputo civil.

A la vista de ello sucederá:

- Que si la actividad cancelatoria se ocasiona por petición de nuevo asiento, habría que suspender la calificación de éste hasta tanto se tuviesen previamente calificadas y practicadas las cancelaciones a realizar, lo cual es de procedencia harto dudosa.
- Con mayor claridad, si el especial procedimiento cancelatorio se pone en marcha por causa de haberse solicitado una certificación, tendremos dos plazos en pugna: el de treinta días para calificar las previas cancelaciones a practicar en virtud del artículo 355, y el plazo de cuatro días por finca, que fija el artículo 236 de la

(52) No hay para las certificaciones un examen de la capacidad del solicitante, sino sólo, y muy laxo, de su interés legítimo.

(53) Por sí solo.

(54) En esta Resolución, con el consabido «y lo demás acordado», se apercibe al funcionario calificador por haber extendido la nota después de los treinta días contados desde el pago del impuesto del título, que previamente fue retirado para ello.

(55) *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., tomo II, pág. 293.

Ley (56), para la expedición de la propia certificación, transcurrido el cual puede el solicitante utilizar el recurso de queja que le concede el artículo 228 de la Ley (art. 237).

Es indudable que en los supuestos del artículo 355 no puede, sin más, entenderse concedida una suspensión o prórroga extraordinaria del plazo legal para certificar. Las cancelaciones a realizar por consecuencia de aquel precepto han de hacerse dentro del plazo que la ley fija para expedir la certificación misma. Todo ello es perfectamente lógico y comprensible, por cuanto en los casos del artículo 355, tal y como antes se decía, la calificación está limitada exclusivamente a determinar si se está o no ante una situación de las previstas en tal norma, y ha de razonarse que este sencillo discernimiento no requiere de un largo plazo que justifique el prolongamiento del concedido por el artículo 236.

Las importantes limitaciones a la función calificadora que se dejan expuestas, que son de recibo cuando una norma, por especiales razones, así lo determina, se tornan en inaceptables, cuando es la voluntad particular la que pretende dejarlas establecidas.

Tenía entonces razón el Registrador en la Resolución de 1978, cuando en su nota calificadora señalaba como defectos (1.º y 2.º) del pacto en cuestión, el que tal convenio era atentatorio contra el principio de calificación registral, y contra las disposiciones legales que desarrollan el modo de llevar el Registro.

La admisión del pacto cancelatorio, objeto de estudio en las presentes notas, crea igualmente un problema de contradicción dentro de un mismo precepto. El artículo 416 del Reglamento ordena extender un asiento de presentación, para todo título que deba producir alguna inscripción, anotación, *cancelación o nota marginal*, y en su segundo párrafo señala que las instancias de certificación provenientes de particulares podrán presentarse en el Diario sólo «si lo solicitan los interesados».

Pues bien, si un precepto de igual rango al consignado—como es el artículo 355—puede suponer que por falta de título específico para la cancelación (57), la presentación exigida en principio por él dulcifique su rigor y quede sujeta a lo previsto en su segundo apartado (presentación de la instancia pidiendo la certificación si así se solicita), es, desde luego, rechazable que la voluntad privada pueda conseguir un similar efecto.

(56) Que no distingue si la finca está o no afecta a cualquiera de los conceptos que comprende el artículo 355 y, por tanto, si procede o no su aplicación.

(57) Sólo hay uno indirecto: la solicitud de certificación.

CINCO

En los dos recursos que vengo examinando, los Registradores calificantes, acertadamente, alegan en sus respectivas notas que el pacto cancelatorio denegado no es compaginable con lo dispuesto en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

En la Resolución de 1974 se recoge cómo el Registrador razonaba que si la cancelación futura del pacto comisorio había de hacerse por la vía del artículo 355, resultaría imposible dar cumplimiento al referido artículo 254 de la Ley, así como a lo señalado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 1946, de los que se infiere la necesidad de que en todo documento que pretenda inscribirse conste la nota de pago, exención o no sujeción extendida por la Oficina Liquidadora del Impuesto de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados. Careciendo de esta nota el título presentado, se suspenderá su calificación, así como la operación solicitada, siendo devuelto al interesado (art. 255 de la Ley Hipotecaria).

El Notario apelante en la Resolución de 1974 invocó, en contra de este alegato de la nota calificadora, que la función registral y la fiscal se han de desenvolver en órbitas diferentes y perfectamente separadas. La aludida resolución acogió este argumento del recurrente (58). TIRSO CARRETERO (59) se encarga magistralmente de poner de manifiesto lo incorrecto del meritado argumento, al apuntar cómo la determinación de si un pacto constituye—de presente o de futuro—una violación de lo previsto en el artículo 254 de la Ley es pura función (60) registral y no fiscal.

Lo que el Registrador, como tal, no puede es suspender o denegar la operación solicitada con base a errores o deficiencias que aprecie en la liquidación del impuesto practicada (Resoluciones de 26 y 29 de diciembre de 1930 y 10 de agosto de 1940), sin perjuicio de que si advierte tales errores, los ponga, si lo estima conveniente, en conocimiento de la Delegación de Hacienda respectiva (Resolución de 19 de noviembre de 1947 y la de 1974 que se examina).

Sin la oportuna nota de la Oficina Liquidadora procede suspender el despacho del documento; con la nota, aunque sea errónea, no cabe tal suspensión.

La regla general y válida es entonces la de que el Registrador ha

(58) Lo curioso es que si en este punto se alinea el centro directivo con las tesis del Notario, se confirme la nota calificadora, siendo así que el único defecto que se apreció es justamente el mismo que no se entiende procedente.

(59) Lugar citado, pág. 651.

(60) Calificación, dic TIRSO CARRETERO.

de dar debido cumplimiento a lo prevenido en el artículo 254 de la Ley, pero ¿supone el artículo 355 una excepción a tal regla?

La Resolución de 16 de marzo de 1959 así lo entendió, al determinar—en su último considerando—que la cancelación que comporta el citado precepto reglamentario no exige un previo examen del Liquidador del Impuesto de Derechos Reales (hoy Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados). La doctrina que el Centro Directivo consagra es de todo punto lógica.

- Porque no hay, en los supuestos de referencia, documentación que sea soporte de la liquidación que, en su caso, correspondería.
- Porque siendo la cancelación voluntaria y rogada, como todo el procedimiento registral, el interesado en la certificación o en el nuevo asiento a practicar podría solicitar expresamente que no se procediese a la cancelación de las menciones y demás conceptos a que alude el artículo 355 (61), con lo cual la petición, según los casos, quedaba limitada a la expedición de una certificación, hecho que no devenga impuesto ni está sujeto a presentación en la Oficina Liquidadora, o a la práctica de un nuevo asiento, respecto del cual sólo podría exigírsele el pago del impuesto devengado por el acto o contrato causante de tal asiento y nada más.
- Y, por último, porque de seguir otra inteligencia, habría que suspender el plazo legal de expedición de certificaciones hasta que resultase acreditado el pago o, en su caso, la exención o no sujeción al impuesto.

La dispensa de nota fiscal en los casos del artículo 355 no resulta, de otro lado, excesivamente perturbadora, habida cuenta de los supuestos que la norma acoge. Unas veces—derechos personales y menciones—ocurre que, pese a existir una cancelación registral, no se produce una pareja extinción material del derecho, y es precisamente esto último lo que motivaría la sujeción al impuesto; en otras ocasiones—anotaciones preventivas caducadas—se trata de un acto no sujeto, y otras veces—inscripciones de hipoteca incursas en caducidad—puede racionalmente presumirse prescrita la acción administrativa para liquidar el impuesto, y, en todo caso, el artículo 65, número 48, del Texto Refundido del Impuesto, para despejar dudas, declara su exención.

Los números 31 (cesiones legalmente obligatorias), 38 (enajenación en parcelaciones y reparcelaciones obligatorias), 43 (extinción legal de servidumbre) y 69 (fianza legal de los tutores), entre otros, del citado

(61) A la voluntad expresa ha de reconocérsele la fuerza de destruir la que se presume por el citado artículo.

artículo 65, ponen de manifiesto la que puede estimarse regla casi general de que los actos—transmisiones en el concepto amplio del impuesto—producidos por la fuerza de una disposición legal quedan exentos del Impuesto de Transmisiones. Si bien es cierto que la exención y aun la no sujeción de un acto, no exime de la presentación en la Oficina Liquidadora del documento que lo contenga, no lo es menos el que en tales casos no resulta tan forzada la dispensa de presentación, como en aquellos otros en que no medie el beneficio fiscal y proceda la liquidación y pago del impuesto.

Esto último ocurre con el pacto comisorio. El artículo 56 del Texto Refundido del Impuesto lo equipara a la hipoteca que, recayendo sobre la misma finca vendida, garantice el pago del precio aplazado de su adquisición. En consecuencia, y sin perjuicio de la bonificación del 25 por 100 prevista en el artículo 66, apartado E, del Texto Refundido, la constitución y la «extinción» del pacto de *Lex Commissoria* son actos sujetos, y llegando que sea el caso, el Registrador, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, habrá de exigir que se le acredite el correspondiente pago.

Por causa de ello, el interesado concurrirá a la Oficina Liquidadora competente en petición de que le sea liquidado el impuesto, y por tal Oficina será requerido para aportar: bien el correspondiente título, en el que conste el pacto y su vigencia, o bien la oportuna instancia, pues la simple solicitud verbal no será bastante. Si con el pacto que vengo sujetando a crítica, lo que se pretendía era suprimir trámites y documentación, tal finalidad, como se ha visto, al menos desde el punto de vista fiscal, no resulta conseguida.

Así las cosas, es de advertir lo absurdo y caprichoso que sería pretender entonces que la presentación al Registro de aquel título o aquella instancia debidamente liquidados, lo sea exclusivamente al objeto de que el Registrador compruebe el hecho del pago del impuesto, pero sin que pueda servirse de tales documentos a fin de utilizarlos como títulos cancelatorios.

La entidad de las razones contenidas en los apartados que he señalado como «cuatro» y «cinco» es tal que la propia Resolución de 1978, al declarar inscribible el pacto de invocación a la vía del artículo 355, no lo hace sin más, sino con la precisión de unos extremos que han de ser inexcusablemente respetados.

Que la admisión del pacto no es incondicionada lo muestra el inciso final del penúltimo considerando de la expresada resolución, en el que se lee que extinguido el pacto comisorio por transcurso del plazo, «procede la aplicación del artículo 355 del Reglamento..., a no ser que exista algún obstáculo que la impida».

Una profunda perplejidad causa esta última reserva. ¿A qué obstáculos se está refiriendo el Centro Directivo? En lugar de resolver dudas, el fallo que se comenta las ha hecho aún más profundas para el funcionario que en el futuro haya de calificar la procedente cancelación.

No queda más remedio que acudir a la peripecia y entender que los obstáculos impeditivos que se invocan no pueden ser otros, aparte de los que cada Registrador considere como tales, que los reseñados en el último de los considerandos de la propia resolución, en el que se afirma que «en el momento en que se solicite o haya de extenderse... (el) segundo asiento cancelatorio, el funcionario calificador habrá de tener en cuenta las exigencias derivadas del principio de legalidad antes de proceder a la extensión del asiento, así como, en su caso, el cumplimiento de las obligaciones fiscales, a que se refiere el artículo 254 de la Ley Hipotecaria».

El Centro Directivo contiene en sus consideraciones la condena de la propia tesis que consagra. Si a la hora de cancelar son de ineludible observancia, tanto los postulados del principio de legalidad, cuya principal manifestación es la actividad calificadora, como el contenido del artículo 254 de la ley, y si como, según he intentado demostrar, la vía cancelatoria del artículo 355 está caracterizada precisamente por la relajación o dispensa total de tales exigencias, no queda más remedio que colegir, por mor de la necesidad de cumplimiento de aquellos requisitos, que «existe obstáculo que impide» la aplicación por convenio privado de aquel especial procedimiento cancelador.

Se carece de la debida proporción cuando se alega que con esta tesis queda extraordinariamente dificultada la cancelación del pacto comisorio, pues, antes al contrario, sólo son exigidos unos elementales y razonables trámites, de rápido y fácil cumplimiento, destinados a dotar a la operación que se practica de una seguridad y garantía cuyos niveles pueden considerarse ya situados en el mínimo tolerable, por debajo del cual es peligroso descender.

* * *

Las reflexiones que se llevan realizadas autorizan a ir sentando ya conclusiones definitivas que resuman las tesis sostenidas a lo largo de estos comentarios, tal y como seguidamente paso a exponer:

1.^a Es válido el convenio por el que se deja afecto el pacto de *Lex Commissoria* a un término extintivo.

2.^a Es lícito, eficaz y aun necesario, si en el futuro desea prescindirse de él, el consentimiento formal, que, para la cancelación del referido

pacto, deje anticipadamente prestado el vendedor como titular de la acción resolutoria.

3.^a Llegado el plazo fijado para la extinción del pacto comisorio, éste será cancelado por nota marginal (arts. 23 de la Ley y 56 del Reglamento), bastando para su práctica la presentación del título que motivó la inscripción, aunque no sea la misma copia inscrita, así como la oportuna solicitud cancelatoria dirigida al Registrador (art. 177 del Reglamento).

4.^a El pacto por el que los interesados acuerdan que la referida cancelación sea practicada en la forma señalada por el párrafo 1.º del artículo 355 del Reglamento es nulo y debe denegarse (62) por atentar contra lo contenido en los artículos 3 (documentación), 6 y 79 (rogación: «podrá pedirse»), 99 (calificación en cancelaciones), 254 (vigilancia fiscal) de la Ley Hipotecaria y 97, párrafo 1.º (plazo para calificar) de su Reglamento, así como por tenerlo en tal forma declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 11 de diciembre de 1974, en la que se califica el artículo 355 como excepcional y no susceptible de aplicación extensiva.

5.^a Por último, si, no obstante, el pacto cancelatorio figurase inscrito, entiendo que jamás incurrirá en responsabilidad, debido a la discutible y debatida procedencia y eficacia de aquella inscripción, el Registrador que lo refleje en la certificación que expida o lo arrastre en el apartado de cargas del nuevo asiento que practique, pese a haber ya transcurrido entonces la totalidad del término extintivo convenido.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ

(62) En tal sentido, ROCA SASTRE en *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed., tomo II, página 824.